

D E R B O N U S (U M S A T Z R A B A T T) -

WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG UND RECHTLICHE EINORDNUNG

Winfried Klöpper

1978

DER B O N U S (UMSATZRABATT) -
WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG UND RECHTLICHE EINORDNUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
Winfried Klöpper

1978



Referent: Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher

Korreferent: Prof. Dr. Gerhard Schricker

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1978

G L I E D E R U N G

I. EINLEITUNG

1. Die Problemstellung - Der Gang der Untersuchung - Die Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse
 - 1.1 Die Problemstellung
 - 1.2 Der Gang der Untersuchung
 - 1.3 Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse

II. DIE WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER BONUSLEISTUNG IM VERGLEICH ZUR RABATTLEISTUNG; DIE BEZIEHUNG DIESER LEISTUNGEN ZU EINZELNEN KAUFVERTRÄGEN

1. Die Rabattleistung
 - 1.1 Funktionsgrundrabatt
 - 1.2 Funktionssonderrabatt
 - 1.3 Die Beziehung von Funktionsgrund- und Funktionssonderrabatt zu dem einzelnen Kaufvertrag
 - 1.4 Höhe des Rabattes
 - 1.5 Leistungs- und Nichtleistungsrabatte, Versuch einer Gliederung
 - 1.6 Umsatzrabatt (Bonus)

2. Die Bonusleistung

2.1 Grundsätzliches zum Leistungsaustausch

2.2 Bonusleistung und -vergütung in Literatur und Rechtsprechung

2.2.1 Die Rechtsprechung der obersten Finanzgerichte

2.2.2 Stellungnahmen in der steuerrechtlichen Literatur

2.2.2.1 Bonuszahlung als Bestandteil der im Bonuszeitraum abgeschlossenen Kaufverträge

2.2.2.2 Bonuszahlung als Teil einer Rechtsbeziehung eigener Art

2.2.3 Stellungnahmen in der kartellrechtlichen Literatur und der Literatur zum Rabattgesetz

2.2.4 Die Beurteilung bonusähnlicher Sachverhalte in Literatur und Rechtsprechung

2.2.4.1 Der Treuerabatt

(1) Treuelohnrabatt in der Form der "zurückgestellten Rabatte"

(2) Treuepflichttrabatte

(3) Äußerer Kartellzwang

(4) Zusammenhang mit den einzelnen Kaufverträgen

2.2.4.2 Genossenschaftliche Rückvergütung

2.2.4.3 Beitragsrückgewähr von Versicherungsgesellschaften

2.2.5 Stellungnahme

2.2.5.1 Zu Literatur und Rechtsprechung in Steuerrecht, Kartell- und Rabattrecht

- (1) Steuerrecht
- (2) Kartell- und Rabattrecht

2.2.5.2 Eigener Standpunkt

- (1) Bonusleistung als wirtschaftliche Leistung eigener Art
 - (a) Zeitpunkt der Bonusleistung
 - (b) Zweck der Bonusleistung
 - (c) Leistungshandlung und Leistungsbeurteilung
- (2) Bewertung der bonusähnlichen Sachverhalte und Folgerungen für die rechtliche Einordnung des Bonus
- (3) Der wirtschaftliche Sachverhalt als Grundlage für die rechtliche Beurteilung

III. EINORDNUNG DES BONUS IM BÜRGERLICHEN RECHT

1. Rechtsgeschäft oder Gefälligkeitsverhältnis?

- 2. Inhalt der Vereinbarung
- 3. Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung
 - 3.1 Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung, die einen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumt
 - 3.1.1 Auslobung (§§ 657 ff BGB)
 - 3.1.2 Auftrag (§§ 662 ff BGB)
 - 3.1.3 Entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB)
 - 3.1.4 Schenkungsversprechen (§§ 516 ff BGB)
 - 3.1.5 Spiel, Wette (§ 562 ff BGB)
 - 3.1.6 Bedingter und befristeter Vertrag sui generis (§§ 158 ff, 305 BGB)
 - 3.2 Besondere Probleme bei Bonusvereinbarungen, die einen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumen
 - 3.2.1 Die Rechtsstellung des Berechtigten vor Bedingungseintritt
 - 3.2.1.1 §§ 160, 161, 162 BGB; Anwartschaft?
 - 3.2.1.2 Andere Fragen
 - 3.2.2 Die Rechtsstellung des Berechtigten zwischen Bedingungseintritt und Fälligkeit des Anspruchs

- 3.2.3 Sonderfrage: Bonus- und Handelsvertreterprovision
- 3.3 Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung, die keinen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumt
 - 3.3.1 Rechtsgeschäft oder Gefälligkeitsabrede?
 - 3.3.2 Rechtliche Einordnung der Abrede
- 3.4 Zustandekommen des Bonusvertrages bzw. der Bonusrechtsgrundabrede
 - 3.4.1 Bonusregelung in AGB des Lieferanten
 - 3.4.1.1 Zustandekommen des Bonusvertrages
 - 3.4.1.2 Inhaltskontrolle des Bonusvertrages
 - 3.4.2 Vereinbarung auf andere Weise
- 3.5 Aufhebung des Bonusvertrages bzw. der Bonusrechtsgrundabrede
- 3.6 Rechtliche Verknüpfung zwischen Bonusvertrag und einzelnen Kaufverträgen im Bonuszeitraum

IV. EINORDNUNG DES BONUS IM WIRTSCHAFTSRECHT (RABATT-GESETZ, GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN) UND STEUERRECHT

1. **Rabattgesetz**

- 1.1 Barzahlungsrabatt (§ 2 RabG)
- 1.2 Mengennachlaß (§ 7 RabG)
- 1.3 Sondernachlässe (§ 9 RabG)
- 1.4 Treuevergütung (§ 13 DV RabG)
- 1.5 Verbot der Mehrfachrabattgewährung (§ 10 RabG)
- 1.6 Analoge Anwendung?

2. **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

- 2.1 § 16 GWB
- 2.2 § 18 GWB
- 2.3 Excurs: Das Gesamtumsatzrabattkartell
 - 2.3.1 Zusammenfassung des Meinungsstandes
 - 2.3.2 Stellungnahme

3. **Der Bonus in Buchführung und Bilanz**

- 3.1 Die Erfassung eines Bonusvertrages, der einen Rechtsanspruch auf Bonusgewährung einräumt

3.1.1 Einkommensteuerrecht

3.1.1.1 Verbuchung und Bilanz-

zierung beim Käufer

3.1.1.2 Verbuchung und Bilanzierung beim Lieferanten

3.1.2 Umsatzsteuerrecht

3.1.3 Gewerbesteuerrecht

3.1.4 Einheitsbewertung und Vermögensteuer

3.1.5 Zusammenfassung

3.2 Bonusabrede ohne Rechtsanspruch auf Bonus

I.

E I N L E I T U N G

1. Die Problemstellung - Der Gang der Untersuchung -
Die Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse.

- 1.1 Die Problemstellung

Bonus und Rabatt¹⁾ sind Vergünstigungen, die der Verkäufer dem Käufer im Zusammenhang mit dem Kauf von Waren einräumt. Zum Teil werden die Vergünstigungen sogleich in Form von Preisnachlässen (meist als Rabatte bezeichnet) gewährt, zum Teil wird dem Käufer später ein zusätzlicher Betrag (meist als Bonus oder Umsatzrabatt bezeichnet) vergütet. Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Bonus, den der einzelne Hersteller oder Großhändler (Lieferant) auf der Grundlage eigener Bedingungen beim Kauf einem Groß- oder Einzelhändler (Händler) gewährt. Fragen, die sich bei der Gewährung von Boni an Letztverbraucher stellen (Anwendung des RabG) sind ebenfalls berücksichtigt.

Die Gewährung von Boni durch Kartelle (sog. Gesamtumsatzrabattkartelle) wird in einem Exkurs behandelt.

R a b a t t e mindern sogleich und unmittelbar als Abzugsposten den Kaufpreis einzelner Warenbestellungen. Nach herrschender Meinung sind Rabattleistung und Rabatt (Preis-)Bestandteil des jeweiligen Kaufvertrages, bei dem der Rabatt gewährt wird.

1) Zum Skonto vgl. unten bei Fußnote 23.

Einen B o n u s dagegen erhält der Händler nie sogleich, sondern erst dann von einem Lieferanten, wenn er von ihm innerhalb eines vorher festgesetzten Zeitraumes (Bonuszeitraum, idR ein Jahr) Waren zu einem bestimmten Mindestgesamtkaufpreis (Gesamtumsatz) gekauft hat. Der Bonus wird erst nach Ablauf des Bonuszeitraumes und auch nur dann vergütet, wenn der Gesamtumsatz erreicht wurde.

Trotz dieser Unterschiede soll der Bonus nach hM ein Rabatt, nämlich eine bloße Spielart des (Mengen-)Rabattes sein. Rabatt und Bonus werden wirtschaftlich gleichgesetzt und rechtlich gleich behandelt; insbesondere soll der Bonus wie der Rabatt (Preis-)Bestandteil der einzelnen Kaufverträge sein. Dementsprechend muß die hM im Bürgerlichen Recht auf den Rabatt und den Bonus die für die einzelnen Kaufverträge geltenden Vorschriften (§§ 433 ff BGB) anwenden. Auch der Bonus soll den Beschränkungen des RabG, insbesondere dem Verbot der Mehrfachrabattgewährung (§ 10 RabG) unterliegen. Als Rabatt iSd § 3 GWB soll er kartelliert werden und als Preisbestandteil Gegenstand einer Preisbindung nach § 16 GWB sein können. In Buchführung und Bilanz schließlich wird der Bonus wie der Rabatt als Minderung der Anschaffungskosten behandelt (§§ 39, 40 HGB iVm den einschlägigen steuerlichen Vorschriften).

Es stellt sich aber die Frage, ob die Gleichsetzung von Rabatt und Bonus richtig ist. In Literatur und Rechtsprechung wird nämlich andererseits hervorgehoben, die "Abgrenzung des

Begriffes Bonus vom Rabatt sei nicht eindeutig²⁾.

Das Problem ist nicht ohne wirtschaftliche Bedeutung. Boni machen häufig 10% und mehr vom Umsatz aus. Die vorliegende Arbeit geht daher der Frage nach der wirtschaftlichen Einordnung und rechtlichen Bedeutung der Boni nach.

1.2 Der Gang der Untersuchung

Die Anwendung von Normen auf Sachverhalte, also die richtige rechtliche Einordnung dieser Sachverhalte, setzt die Klärung insbesondere ihrer wirtschaftlichen³⁾ Bedeutung voraus; sie er-

-
- 2) BFH vom 13.3.1963, BB 63, 761 = DB 63, 750: "Die Abgrenzung des Begriffes Bonus vom Rabatt ist nicht eindeutig"; ebenso Steuer- und Wirtschaftskurzpost, Gruppe 4 a, S.549/550.
- 3) Im Gegensatz zum Steuerrecht hat sich im Bürgerrechtlichen Recht bislang eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" nicht allgemein durchsetzen können. Nur in einzelnen Problembereichen finden sich Andeutungen hierzu, so etwa bei der sog. "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" (Fikentscher, Schuldrecht, S. 187), der "Erschütterung der Geschäftsgrundlage bei Veränderung der wirtschaftlichen Lage" (Staudinger-Weber, § 242 Anm. E 756 ff), der Beurteilung von Währungsumstellungen (Staudinger aaO, A 529, F 87, B 195) und den Rechtsfolgen von Betriebsrisiko und Wirtschaftsrisiko im Arbeitsrecht (Staudinger-Weber aaO C 45 ff). Im Handelsrecht allerdings stellt § 346 HGB die "im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche", d.h. die Handels-sitte in den Vordergrund. Sie ist nichts anderes als der in stillschweigender Übereinkunft gefundene und in eine Form gebrachte wirtschaftliche Wille der beteiligten Kaufleute.

schließt sich nur bei genauerer Beschäftigung⁴⁾ mit der Interessenlage der Beteiligten⁵⁾.

In Ziffer II wird daher zunächst nach der wirtschaftlichen Zielrichtung von Bonus(-leistung) und Rabatt(-leistung) im Vertragsgefüge zwischen den Beteiligten gefragt. Dabei wird vom Rabatt, mit dem der Bonus ja in der Regel gleichgesetzt wird, ausgegangen. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, daß zwischen Rabatt(-leistung) einerseits und Bonus(-leistung) andererseits so erhebliche wirtschaftliche Unterschiede bestehen, daß der Bonus auch rechtlich dem Rabatt nicht gleichgestellt werden kann. In Ziffer III wird sodann geprüft, wie der Bonus rechtlich in verschiedenen Rechtsgebieten einzuordnen ist.

1.3 Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse

W i r t s c h a f t l i c h sind Rabatte und Boni scharf zu trennen. Leistungsrabatte zielen wirtschaftlich auf den Ausgleich von Kosten und Kostenersparnissen bei der Abwicklung einer einzelnen Warenlieferung. Sie werden deshalb direkt bei der Berechnung des Preises der Waren berücksichtigt. Auch die wirtschaftliche Zielrichtung von Nichtleistungsrabatten (z.B. Kampfrabatte, Gelegenheitsrabatt) beschränkt sich auf den einzelnen Liefervorgang, bei dem der Rabatt den Kaufpreis mindert.

4) Philipp Heck, Schuldrecht, Anhang § 3 S. 497/460; Philipp Heck, Sachenrecht, § 78 I, Grundgedanken (für die Auslegung von Normen) der Interessenjurisprudenz.

5) Auch heute wird diese Lehre, wenn auch mit Einschränkungen, für richtig gehalten; vgl. etwa Karl Larenz, Allgemeiner Teil, § 4 I.

Die wirtschaftliche Zielrichtung des Bonus geht über die einzelne Lieferung hinaus. Der Bonus wird für eine Leistung bezahlt, die sich kontinuierlich über einen langen Zeitraum hin erstrecken soll. Die Leistungshandlung besteht in besonderer Zuwendung und Konzentration des Gesamtbetriebes des Bonusempfängers auf den Absatz der Produkte des Bonusgewährenden. Die Leistung gilt als erbracht, wenn ein bestimmter Mindestumsatz in einem festgelegten längeren Zeitraum erreicht oder überschritten worden ist. Mit der Zeitbezogenheit will der Lieferant zu langfristig-kontinuierlichen Absatz reizen, da dies seine langfristige Planung erleichtert und die gleichmäßige Auslastung von Produktionsanlagen und Arbeitskraft fördert.

Die hM stellt das Verhältnis von Bonusleistung und Bonusvergütung zu den einzelnen Kaufverträgen auf den Kopf, wenn sie meint, Bonusleistung und -vergütung seien Teile einzelner Kaufverträge. Es verhält sich vielmehr gerade umgekehrt: die Bonusleistungsbeziehung bildet eine gesonderte Vertragsbeziehung eigener Art, die die einzelnen Liefervorgänge und Kaufverträge umgreift. Die Kaufpreisziffern der einzelnen Verträge sind bloße Additionsfaktoren bei der Berechnung der Bonusleistung (Gesamtumsatz pro Bonuszeitraum).

R e c h t l i c h ist die Bonusleistungsbeziehung (Bonusvertrag) von den einzelnen Liefervorgängen (Kaufverträgen) im Bonuszeitraum scharf zu trennen. Der Bonusvertrag ist kein Kaufvertrag und unterliegt auch nicht teilweise den für die einzelnen Kaufverträge geltenden Bestimmungen

(§§ 433 ff BGB). Der Bonusvertrag ist ein aufschiebend bedingter und mit einer zusätzlichen Fälligkeitsabrede versehener Vertrag sui generis. Der Bonus ist kein Rabatt iSd RabG. Die Beschränkungen der §§ 2 bis 9 RabG und des § 13 DV RabG gelten für ihn ebenso wenig wie das Verbot der Mehrfachrabattgewährung. Der Bonus kann nicht Gegenstand von Preisbindungen sein und nicht im Rahmen eines Gesamtumsatzrabattkartells kartelliert werden. Die Regeln ordnungsmäßiger Buchführung (Grundsatz der Einzelbewertung, korrekte Periodenabgrenzung) lassen die Verbuchung des Bonus als Minderung von Warenanschaffungskosten nicht zu. Der Bonus ist ein von der Warenanschaffung getrennt zu verbuchendes Betriebsergebnis eigener Art.

II.

DIE WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER BONUSLEISTUNG IM
VERGLEICH ZUR RABATTTLEISTUNG; DIE BEZIEHUNG DIESER
LEISTUNGEN ZU EINZELNEN KAUFVERTRÄGEN

Einzelne Warenbestellungen durch den Käufer sind rechtlich in der Regel Kaufverträge (§§ 433 ff BGB), da die Vertragsparteien sich dabei über die Lieferungen bestimmter Waren und über den Kaufpreis, also alle notwendigen Bestandteile eines Kaufvertrages einigen. Rabatte und Boni sollen nun nach hM wirtschaftlich und rechtlich in gleicher Weise Bestandteil dieser einzelnen Kaufverträge sein. Im Falle des Rabattes liegt dies nahe, da Rabatte ja als Abzugsposten bei der Kaufpreiserrechnung jeder einzelnen Lieferung unmittelbar berücksichtigt werden. Im Falle des Bonus aber spricht schon die Tatsache gegen diese These, daß der Bonus erst nach Ablauf eines längeren Zeitraumes ohne konkreten Zusammenhang mit einem einzelnen Kaufvertrag gewährt wird. Es ist die Frage, ob dies eine rein äußerliche, inhaltlich aber bedeutungslose Zufälligkeit ist, oder ob die getrennte Abwicklung Indiz für die grundsätzliche Unterschiedlichkeit von Rabatt und Bonus ist.

Ansatzpunkt für die Antwort auf die Frage, ob Rabatt (-leistung) und Bonus(-leistung) wirtschaftlich und rechtlich gleichzusetzen, insbesondere (Preis-)bestandteil einzelner Kaufverträge sind, muß deshalb zunächst die Prüfung des wirtschaftlichen Inhalts der Rabatt- und Bonusleistung sein. Andere Ordnungs- und Differenzierungsgesichtspunkte - etwa nach Gegenstand, Anlaß- und Empfängerkreis - bleiben hier außer Betracht ⁶⁾.

6) BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht vor § 1 RabG Anm. 2.

1. Die Rabattleistung

Der warenvertreibende Handel (Groß- und Einzelhandel) ist Mittler zwischen Hersteller und Verbraucher. Die volkswirtschaftliche Leistung des Handels besteht im Warenvertrieb. Wie wird der Handel für diese Leistung bezahlt? Er kauft zu einem geringeren Preis ein, als er selber bei dem Weiterverkauf seinem Abnehmer berechnet. Die Differenz - häufig Handelsspanne genannt - ist die Grundlage für den Verdienst des Handels. Es liegt nun nahe, anzunehmen, zwischen Handelsspanne (Rabatt) einerseits und der Vertriebsleistung des Handels besteht eine direkte Leistungsbeziehung.

Diese Beziehung besteht in der Tat. Hieran kommen auch jene Autoren nicht vorbei, die der Meinung sind, es sei nicht möglich, den Rabatt einer bestimmten Leistung zuzuordnen; Rabatte seien kein Leistungsentgelt, sondern nur eine besondere technische Form der Preisfeststellung, der Preis werde allein von Angebot und Nachfrage bestimmt⁷⁾. Eine volkswirtschaftliche Leistung

7) So GUTENBERG, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1962, 545; DÜRHAMMER, DR 63, 37, 39; diese Ansicht hat sich jedoch nicht durchsetzen können. Insbesondere in der kartellrechtlichen Literatur wird angenommen, daß Rabatte bestimmten Leistungen zugeordnet werden können, und diese Leistungen vergütet werden, vgl. etwa LANGEN-NIEDERLEITHINGER-SCHMIDT, § 3 Rdn. 8 ff. Allerdings ist eine genaue Prüfung im Einzelfall erforderlich; so V. MERTS -

wird den Lieferanten allerdings kaum veranlassen, dem Händler Preisvergünstigungen (Rabatte) einzuräumen. Der Lieferant wird vielmehr einen Rabatt nur für eine (betriebswirtschaftliche) Leistung bezahlen, die (wenigstens auch) gerade ihm, und zwar direkt, zugute kommt. Diese Leistung wird im folgenden genauer bestimmt, um sodann ermitteln zu können, ob die Bonusleistung sich damit deckt oder von ihr abweicht.

Der Produzent muß, um seine Produkte an Letztverbraucher absetzen zu können, Zeit und/oder Raum bis zum Absatz an den Verbraucher überbrücken. Diese Überbrückung von Raum und/oder Zeit ist Aufgabe einer eigenen oder fremden Vertriebsorganisation; sie kostet Geld. Der Produzent kann seine Waren selber vertreiben, er muß dann die Vertriebskosten tragen, kalkuliert sie jedoch in den Endverbraucherpreis ein. Der Hersteller kann aber den Vertrieb auch ganz oder teilweise durch Dritte (Groß- und/oder Einzelhändler) durchführen lassen; dann übernimmt der Handel die Vertriebsleistung (-kosten) ganz oder teilweise.

Um eine Grundlage für die Bestimmung der Bonus-

FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3 Rdn.28 ff; MÜLLER-GRIES-GIESLER § 3 Rdn.14 ff, Frankfurter Kommentar § 3 Rdn. 21 ff; BKartA v. 30.4.59, BB 59, 430; BKartA v. 15.12.59, BB 60, 308; BKartA v. 14.11.63, DB 63, 1709; BKartA v. 25.4.66, BB 66, 598; KG v. 26.6.64, BB 64, 781; KG v. 17.7.67, WUWE OLG 68, 65; OLG Düsseldorf v. 27.8.68, WUWE OLG 917; DÖRINKEL, WUW 71, 779; GLEISS-HOOTH, NJW 65, 228; neuerdings äußert KLEYENSTEUBER, S. 83 ff wieder Bedenken, bei denen aber die spezielle Frage der Leistungsbezogenheit im Gesamtumsatzrabattkartell im Vordergrund steht - vgl. dazu unten IV. 2.3.

leistung zu gewinnen, sollen im folgenden zunächst die wesentlichen Funktionen (Leistungen) des Handels kurz zusammengefasst werden.

1.1 Funktionsgrundrabatt

Die grundlegenden Funktionen ⁸⁾ des Handels, und

-
- 8) Die folgende (Überschriften-) Gliederung, die die wesentlichen Funktionen am einfachsten und klarsten wiedergibt, findet sich bei WÖHE, Betriebswirtschaftslehre, S. 343 ff; vgl. weiter aus neuester Zeit SCHRICKER-LEHMANN S. 7 ff; die Aufstellung von SEYFFERT, zitiert bei SÖLTER, Das Rabattkartell, S. 75. Das KG (Beschl.v.15.12.59, 5 Kart V 3/59, BB 60, 308) zählt beispielhaft auf: Einkauf großer Mengen, Angebot großen Sortiments, Lagerhaltung, Finanzierung und faßt im Beschl.v.17.7.67 (Baukeramik II; WUWE OLG 831) zusammen: "Marktunterbringungsleistung". Im Beschl. des BKartA v.14.4.59, BB 60, 1959 heißt es: "... Umstände, von denen das Unternehmen eine Verbesserung seiner Absatzmöglichkeiten erwartet ..." vgl. auch die Aufzählung im Schreiben des BKartA v. 28.2.66, BB 66, 598, die allerdings wegen Doppelnennungen nicht recht brauchbar ist.

Schließlich ein Beispiel aus der Praxis: Ein großes deutsches Unternehmen (Hersteller) unterscheidet zwischen Großhändlern (Großverteilern) und Facheinzelhändlern einerseits und sonstigen Einzelhändlern andererseits. Den Großhändlern und Facheinzelhändlern werden die Produkte billiger geliefert. Der Hersteller faßt in einer internen Unterlage die Gründe wie folgt zusammen: "... Es kommt in erster Linie auf die Verteilerleistung an. Selbstverständlich sind aber andere Funktionen ebenfalls wichtig, die zum Teil auch Voraussetzung für die Verteilerleistung sind: Einkauf großer Mengen, Lagerhaltungsfunktion, Transportfunktion, Marktfunktion, insbesondere durch Markterschließung (Schaffung neuer Absatzstellen, Automaten, Shops u.a.), Markterhaltung (s. Dienstleistungsfunktion), Preisbildung und Preiausgleich, Dienstleistungsfunktion, insbesondere Beratung der Abnehmer und Wahrnehmung ihrer Interessen, Kreditgewährung, Risikoübernahme, Merchandising (z.B. Automat und andere Produktionsträger), Sortimentsfunktion, z.B. Be-

zwar des Groß- wie des Einzelhandels sind:

- räumlicher Ausgleich

Falls der Hersteller, um Rationalisierungsvorteile ausschöpfen zu können, größere Serien fertigt, kann er in der Regel nur kleinere Mengen seines Produktes in seiner unmittelbaren räumlichen Umgebung absetzen. Er benötigt daher räumlich entfernte Verteilerstellen. Diese Verteilerfunktion übernimmt der warenvertreibende Handel. Er wendet hierfür in erster Linie Lager- und Personal-, häufig auch andere Verwaltungskosten (z.B. Beförderungskosten) auf; der Verkäufer spart Kosten ein.

- Zeitlicher Ausgleich

Bei Gütern mit saisonalbedingten Produktions- und/oder Nachfrageschwankungen muß die Zeitspanne zwischen Produktion bzw. Erzeugung und Verbrauch überbrückt werden.

reitschaft zur Lieferung des breiten und tiefen Sortiments, Beratung der Abnehmer über das dem Standort und Geschäftstyp entsprechende Sortiment, Einführung neuer Marken, Lieferung von Anbrüchen. Facheinzelhandelsdefinition: Ein breites und tiefes Sortiment der hergestellten Waren; als Nebensortiment dürfen nur Waren geführt werden, die das Fachsortiment nicht beeinträchtigen; der Umsatz des Fachsortiments überwiegt den Umsatz aller anderen Waren; das äußere Erscheinungsbild und die innere Gestaltung des Geschäftsraumes sowie die werbliche Darbietung lassen die Absatzstelle für die interessierten Verbraucherkreise als ... Fachgeschäft eindeutig erkennen; die danach geltenden Voraussetzungen sind nur gegeben, wenn ein begehbares Ladengeschäft vorhanden ist, oder aber eine in Hallen oder Passagen gelegene Verkaufsstelle, die der Öffentlichkeit während der Geschäftszeit zugänglich ist und über Ausstellungsflächen verfügt." Vgl. auch die Darlegungen des unten bei Fußnote 56 zitierten Sachverständigen der Kartellenquête v.1930.

Diese Ausgleichsfunktion übernimmt der Handel. Er übernimmt damit auch die durch die Zeitspanne bedingten Risiken, wie etwa Preis- und Nachfragerisiko (man denke etwa an das Modorisiko, das Textileinzelhändler bei Vorausorders übernehmen müssen).

- Quantitativer Ausgleich

Der Hersteller produziert in großen Mengen. Der Endverbraucher kann in der Regel nur kleinere Mengen ge- oder verbrauchen. Die Aufteilung der großen in kleine Mengen, den Weiterabsatz dieser kleinen Mengen, die Lagerung, Pflege, usw. der noch nicht sofort absetzbaren Restmengen übernimmt der warenvertreibende Handel. Hierdurch entstehen zusätzlich Personal-, Versand- und Lagerkosten, die anderenfalls der Lieferant zu tragen hätte.

- Qualitativer Ausgleich

Der Hersteller hat in der Regel nur eine begrenzte Produktpalette. Der Letztverbraucher will jedoch Qualität und Preis der Produkte verschiedener Hersteller vergleichen und außerdem Produkte verschiedener Art, die häufig gemeinsam benutzt werden (z.B. Reiselektüre u. Landkarten, Schuhe u. Strümpfe, usw.) in einem Handelsbetrieb vorfinden. Funktion und Kosten der Sortierung, Mischung und Zusammenstellung von Waren übernimmt der vertreibende Handel (insbesondere auch der Spezial- oder Sortimentsgroßhandel).

- Information und Beratung

Information und Beratung des Käufers fördert den Absatz von Produkten. Häufig entscheidet sich der Käufer für Produkte eines bestimmten Herstellers erst aufgrund der Beratung durch das Beratungspersonal des Handelsbetriebes. Die Personalkosten hierfür übernimmt der Handel.

Die Ausübung dieser Funktionen durch den Handel hat finanzielle Auswirkungen in zwei Richtungen:

Der Lieferant spart die Kosten ein, die er für einen eigenen Vertriebsapparat aufwenden müßte, der Händler wendet Kosten für den Vertrieb auf. Als in beide Richtungen zielenden Ausgleich erhält der Händler vom Lieferanten eine geldwerte Vergünstigung, den Rabatt, auch Handelsspanne genannt⁹⁾. Die genannten (Vertriebs-)Funktionen sind die (Grund-)Rabattleistung¹⁰⁾. Rein technisch

9) Sölter, Das Rabattkartell, S.14.

10) Im einzelnen vgl. DÜRRHAMMER, aaO 37; SÖLTER, aaO S. 13, 67 ff; GRIESBACH, DB 64, 1363. Nach hM ist die Wahrnehmung dieser Funktionen eine echte Leistung, vgl. oben Fußnote 7). Das BKartA meint, bei dem Vertrieb müsse außerdem noch zwischen der in der Warenabnahme selbst liegenden Leistung und der erst mit dem Weiterverkauf beginnenden eigentlichen Verteiler- und Absatzleistung unterschieden werden (BKartA v. 14.4.59, BB 59, 430). Das trifft nicht zu. Das Endziel ist nicht der Absatz an den Händler, sondern der Absatz an den Letztverbraucher. Die Abnahme durch den Handel ist nur wirtschaftlich untergeordnetes Durchgangsstadium zum angestrebten Endabsatz. Der Vorgang kann nicht auseinandergerissen werden; vgl. zum Gesamtumsatzrabattkartell aber die Ausführungen unter IV.3.2.

wird der Rabatt gewährt, indem der Händler die Ware (um den Rabattbetrag) billiger als die Handelsstufe bzw. der Letztverbraucher erhält, an die er seinerseits weiterverkauft. Letztlich orientiert man sich dabei an den rechtlich (Bruttopreissystem) oder faktisch (System der empfohlenen Endverbraucherpreise) festliegenden höchsten Preisen, d.h. dem Preis, der am Ende der Vertriebskette vom Endverbraucher zu zahlen ist. Von diesem obersten auf dem Markt erzielbaren und rechtlich oder faktisch festliegenden Preis aus gesehen, wirkt der dem Händler eingeräumte Vorteil wirtschaftlich wie ein Preisnachlaß. Der Funktionsgrundrabatt wird bei der Kaufpreisberechnung jeder einzelnen Bestellung, also jedem Kaufvertrag, eingeräumt. Er ist prozentual für jede abgenommene Wareneinheit gleich hoch, berücksichtigt also Sonderleistungen, wie etwa die Abnahme besonders großer Mengen etc. noch nicht durch progressive Staffelung.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier jedoch darauf hinzuweisen, daß die Frage, ob der Gesetzgeber seinerzeit tatsächlich die Handelsspanne durch § 3 GWB freistellen wollte und ob sie durch § 3 GWB freigestellt ist, damit nicht entschieden ist¹¹⁾.

Dieser Rabatt (Handelsspanne) wird meist als Funktionsrabatt bezeichnet¹²⁾. Die Berechtigung für die hier gewählte Bezeichnung (Funktionsgrundrabatt) ergibt sich aus den folgenden Ausführungen:

11) vgl. dazu unten IV. 3.2.

12) vgl. etwa SÖLTER, aaO S. 73 ff.

1.2 Funktionssonderrabatt

Oft wird über den Funktionsgrundrabbatt hinaus ein weiterer Funktionssonderrabatt als zusätzlicher Preisnachlaß gewährt, etwa ein Mengenrabbatt¹³⁾, Saison-¹⁴⁾ oder Sortimentsrabbatt (für die Übernahme des gesamten Sortiments des Lieferanten).

Die Funktionssonderrabatte werden für gesteigerte Wahrnehmung der Grundfunktionen gewährt:

Der Lieferer kann z.B. feststellen, welche Warenmenge bei einzelnen Bestellungen durchschnittlich abgenommen wird. Für die Bearbeitung (von der Erfassung des Auftrages bis zur Verpackung und Versendung) eines solchen Durchschnittsauftrages wendet er bestimmte Kosten (Personal-, Versandkosten etc) auf. Die Abnahme größerer Mengen in einer¹⁵⁾ Bestellung bringt ihm zusätzliche Rationalisierungsvorteile und spart damit Kosten im Vertriebsbereich des Lieferanten. Andererseits fordert die Abnahme größerer Mengen in Einzelbestellungen dem Händler in der Regel eine höhere Vertriebsleistung als bei der Abnahme von Durchschnittsmengen ab, verursacht also höhere Kosten. Er muß die größere

13) bzw. dessen Spielarten, etwa Längen-, Ladungs-, Gruppenrabbatt, vgl. SÖLTER, aaO S. 13.

14) Auch Vorausbestellung-, Frührabbatt genannt, SÖLTER, aaO S. 13.

15) SÖLTER, aaO S. 65; v. RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3 Rdn. 30; vgl. auch § 7 Absatz 1 RabG.

Menge etwa einlagern, aufteilen etc. Ähnlich verhält es sich, wenn der Händler zu einem für ihn ungünstigen, für den Lieferanten aber günstigen Zeitpunkt Waren abnimmt (z.Zt. der Herstellung, aber weit vor der Zeit, in der Verbraucher die Produkte nachfragen) oder wenn der Händler den Vertrieb der gesamten Produktpalette des Lieferanten übernimmt, obgleich nicht alle Einzelprodukte beim Verbraucher gleich beliebt sind.

Diese besonderen Leistungen rechtfertigen eine besondere Vergütung. Die Vergütung wird durch einen zusätzlichen Preisabschlag, den Funktionssonderrabatt, gewährt.

1.3 Die Beziehung von Funktionsgrund- und Funktionssonderrabatt zu dem einzelnen Kaufvertrag

Zunächst ist festzuhalten, daß Funktionsgrund- wie Funktionssonderrabatt die Übernahme von Vertriebsfunktionen vergüten.

Die hM unterscheidet in der Regel zwischen dem o.g. Funktionsrabatt einerseits und weiteren Rabatten ¹⁶⁾ (Mengenrabatt, Saisonrabatt, Barzahlungsrabatt etc) andererseits. Diese Begriffswahl verdeckt aber, daß auch Mengen- und Saisonrabatte (nicht aber der Barzahlungsrabatt) "Funktionsrabatte" sind. Auch sie werden nämlich für den Weitervertrieb konkret in einer Bestellung abgenommener Waren - also die Ausübung der Vertriebsgrundfunktion - gewährt. Der Zusatzrabatt

16) So etwa SÜLTER, aaO S. 13/14/15, 65ff, 73 ff; v. RENTE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3 Rdn. 30, 32; Frankfurter Kommentar § 3 Rdn. 15, 16; BAUMBACH-HEFERMEHL, Anm. 2 vor § 1 RabG; BENISCH, GRUR 76, 449, 452.

(etwa Mengen- oder Saisonrabatt) wird nur deshalb eingeräumt, weil der Händler durch den Vertrieb z.B. der besonders großen Menge überdurchschnittlich mit Kosten belastet wird (z.B. mehr Lagerkapazität und Personal zur Verfügung stellen muß). Der Funktionssonderrabatt ist also Funktionsrabatt, weil er ebenfalls für die Wahrnehmung der Grundfunktion des Handels, den Warenvertrieb, gewährt wird. Er ist Funktions s o n d e r rabatt, weil er zusätzlich für die überdurchschnittliche Wahrnehmung der Vertriebsfunktion und zum Ausgleich überdurchschnittlicher Kosten vergütet wird. Nicht Funktionsrabatt etwa ist der Barzahlungsrabatt, da er nicht für die Wahrnehmung von Vertriebsfunktionen, sondern für schnelle Zahlung vergütet wird.

Außerdem ist festzuhalten: Funktionsgrund- wie Funktionssonderrabatt werden für Vertriebsleistungen beim Weitervertrieb ganz konkreter Warenposten gewährt und deshalb auch unmittelbar bei Bezahlung dieser Waren als Abzugsposten berücksichtigt. Rabatte werden sofort, nicht erst nach Ablauf eines längeren Zeitraumes vergütet. Funktionsgrund- und Funktionssonderrabatte zielen auf den Ausgleich von Kostenaufwand und -ersparnis (Ersparnis von Vertriebskosten beim Hersteller, Aufwand von Vertriebskosten beim Händler) bei dem konkreten einzelnen Warenbezug und dem Weitervertrieb der bezogenen Waren. Die Vertriebsleistung des Händlers beginnt bereits mit der Abnahme der Waren vom Lieferanten, nicht erst mit dem Weiterverkauf und der Weitergabe an den nächsten Käufer. Vom Zeitpunkt der Abnahme an müssen die Waren unter Aufwendung entsprechender Kosten etwa einge-

lagert, in kleinere Mengen aufgeteilt werden etc.

Schließlich zeigt sich der unmittelbare Zusammenhang zwischen einzelнем Kaufvertrag und Rabatt auch darin, daß der Händler die Rabattbeträge und damit den Kaufpreis für den einzelnen Kaufvertrag exakt bei Abschluß des Kaufvertrages kalkulieren und festlegen kann.

Warenkauf, Warenabnahme und Weitervertrieb sind daher ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang, der die erwähnten Kostenersparnisse und -aufwendungen unmittelbar auslöst. Teile dieses wirtschaftlichen Vorganges sind damit aber auch die Rabattleistung (Weitervertrieb) und die Rabattvergütung, durch die die konkreten Kostenersparnisse und -aufwendungen unmittelbar im Kaufpreis berücksichtigt werden. Es ist deshalb konsequent und richtig, die Tatsache dieser wirtschaftlichen Einheit zur Grundlage auch der rechtlichen Beurteilung zu machen und den gesamten Komplex rechtlich als Einheit zu behandeln.

Funktionsgrund- und Funktionssonderrabatt sind deshalb rechtlich Bestandteil des jeweiligen Kaufvertrages, bei dessen Kaufpreiserrechnung sie berücksichtigt werden¹⁷⁾. Erst der Endbetrag, der sich nach Berücksichtigung beider Rabattarten ergibt, ist der Kaufpreis 1Sd §§ 433 Abs. 2 BGB.

17) V.RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3 Rdn. 10; EUGEN LANGEN, § 3 Rdn. 9; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdn. 605 und Anm. 2, 3 vor § 1 RabG.

Dagegen läßt sich dies nicht ohne weiteres auch für den Barzahlungsrabatt sagen, da seine Gewährung nicht mit dem Warenvertrieb (also der Handelsfunktion) zusammenhängt.

Es spricht deshalb alles dafür, daß der Barzahlungsrabatt nicht Preisbestandteil, sondern Abzugsposten vom Preis ist ¹⁸⁾.

18) Diese Frage ist sehr umstritten, soll aber hier nicht näher behandelt werden; vgl. Fußnote 23).

1.4

Höhe des Rabattes

Gegen die Einstufung des Rabattes als Entgelt für die Übernahme von Vertriebsfunktionen wurde eingewandt, daß - wäre sie richtig - der dem Händler eingeräumte Rabattbetrag exakt dem Betrag entsprechen müßte, den der Lieferant an Kosten durch den Drittvertrieb einspart¹⁹⁾; dies sei jedoch nicht der Fall, in Wirklichkeit sei daher der Rabatt kein Entgelt für die Übernahme von Vertriebsfunktionen.

Diese Kritik überzeugt jedoch nicht davon, daß echten Funktionsrabatten keine Leistung gegenübersteht, sondern nur davon, daß es hier Wertermittlungs- und Abrechnungsprobleme gibt. Das ist kein Wunder, da ja nicht nur die vom Lieferanten ersparten Kosten, sondern auch die vom Händler für den Vertrieb aufgewandten Kosten (und seine Gewinnmarge) bei der Festlegung des Rabattes eine Rolle spielen. Diese Beträge können nicht gleich hoch sein. Lieferant und Händler gehören verschiedenen Wirtschaftsstufen an. Selbst Betriebe gleicher Wirtschaftsstufe haben niemals gleiche Kosten, schon weil die Generalunkosten, die anteilmäßig dem Vertrieb zugeordnet werden müssen, wie etwa Kreditkosten, immer verschieden sind.

Einigkeit besteht ja auch etwa darüber, daß der Skonto Zinsvor- und -nachteile ausgleicht²⁰⁾; an

19) GUTENBERG, DÜRRHAMMER, aaO vgl. oben Fußnote 7

20) vgl. im einzelnen unten Fußnote 23

diesem Dogma zweifelt niemand etwa deshalb, weil der "ewige Skontosatz" von drei Prozent erstens in der Regel unter dem jeweiligen Diskontsatz liegt und zweitens auch das Auf und Ab der Diskontsätze nicht mitvollzieht. Die Vertragsparteien müssen die Kostenbelastung des Händlers bzw. den Wert seiner Aufwendungen und Leistungen einerseits und die Kostenersparnisse des Lieferanten andererseits deshalb schätzen und pauschalisieren²¹⁾. In der Regel wird auf diese Weise ein fester Funktionsgrundrabatt in Prozentzahlen vom Bruttopreis (Listen- oder Endverkaufspreis) des Lieferanten oder auch von dem durch unverbindliche Preisempfehlung festgelegten Endverbraucherpreisen festgesetzt²²⁾. Ebenso werden Funktionssonderrabatte pauschaliert.

1.5 Leistungs- und Nichtleistungsrabatte, Versuch einer Gliederung

Aus betriebswirtschaftlicher und auch rechtlicher Sicht (§ 3 GWB stellt auf den Begriff der Leistung ab) empfiehlt es sich, die Vielzahl der verwandten Begriffe im Hinblick auf den Leistungsgesichtspunkt zu ordnen.

Neben den Leistungsrabatten (Funktionsgrund- oder Funktionssonderrabatt), auch dem Barzahlungs-

21) EUGEN LANGEN, § 3 GWB, Rdn. 9; CHRISTL, BB 58, 993, 994; BKartA v. 14.4.59, BB 59, 430.

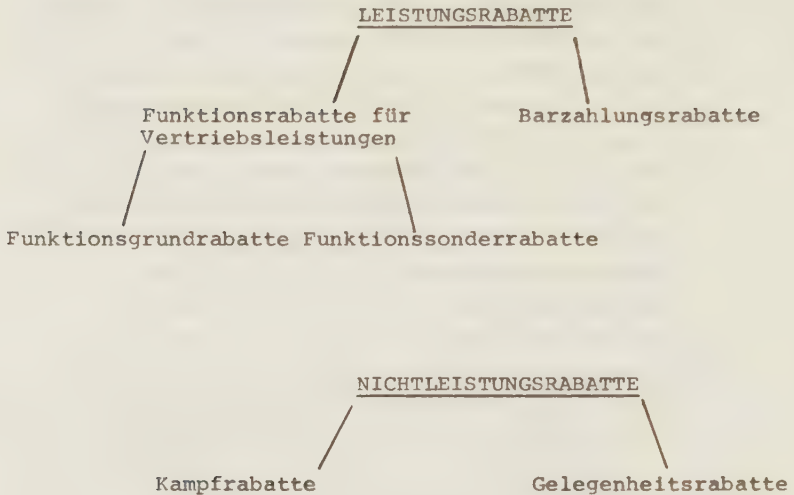
22) Zur Abrechnungsweise: VON RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3, Rdn. 11, 12.

rabatt (Skonto²³⁾), stehen weitere Sofortnachlässe, die nicht für bestimmte Leistungen vergütet werden. Zum Teil werden sie allein aus Wettbewerbsgründen, als Kampf rabatt²⁴⁾ gewährt, zum Teil werden sie aus anderen Gründen gewährt; so etwa der Musterrabatt, der für Musterstücke gewährt wird, die gerade nicht weiter vertrieben werden sollen, so auch der Geschäftseröffnungs- oder Jubiläumsrabatt. Beide gehören zur Gruppe der bloß anlässlich bestimmter zufälliger Ereignisse gewährten Rabatte. Der Kampf rabatt und die übrigen genannten Rabatte sind Nichtleistungsrabatte.

23) Skonto wird für schnelle Zahlung des Kaufpreises vergütet. Er gleicht Zinsvor- (beim Lieferanten) und -nachteile (beim Händler) aus. Der Skonto wird vom BFH als Minderung der Anschaffungskosten angesehen, BFH v. 3.12. 1970 IV R 216/67, BStBl 71 II 323; vgl. weiter zu dem dadurch nicht beigelegten Streit, ob Lieferantenskonti Zinserträge oder Anschaffungskostenminderungen sind: HILD, Zum Ausweis von Lieferanten-Verbindlichkeiten mit oder ohne Skonto, DB 71, 1433, sowie: MÜHLHAUPT, DB 1963, 921; ULRICH HÜTTEMANN, aaO, S. 101, DÜRRHAMMER, DB 1954, 261; STÄRZ, Stichwort "Skonto" im Handbuch der Betriebswirtschaften III, 3. Aufl., Stuttgart 1960, Spalte 4884; STAUDINGER-WERNER, § 271 Anm. 9 und 272 Anm. 4; OLG Hamm, Beschluß v. 9.5.57, BB 57, 627; BAUMBACH-DUDEN, § 346 Anm. 5; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, § 346 Anm. 64; WESSEL, DB 67, 1404; VON RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar § 2 Anm. 19 n.w.L. Der Skonto wird im übrigen in dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt.

24) SÖLTER, aaO, S. 14/15.

Damit ergibt sich folgende Übersicht:



Gemeinsam ist allen Rabatten (mit Ausnahme des Barzahlungsrabattes):

- bei Abschluß des Kaufvertrages steht fest, ob ein Rabattabschlag erfolgt und
- wie hoch er ist;
- die Rabatte gehen so in die Kaufpreisberechnung ein, daß sich der Kaufpreis im Sinne des § 433 Absatz 2 BGB erst nach ihrer Berücksichtigung ergibt.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Rabattbetrag den Kaufpreis sofort oder erst später vermindert, jedenfalls ist er sofort der Höhe nach ziffernmässig errechenbar. Letzteres ist etwa dann nicht der Fall, wenn statt eines Sofortabschlages eine nachträgliche Rückvergütung erfolgt, die jedoch bereits bei Abschluß des Kaufvertrages der Höhe nach errechnet werden kann, etwa wenn vereinbart ist, daß nach Abschluß eines bestimmten Zeitraumes ein bestimmter Prozentsatz auf sämtliche in dem Zeitraum gezahlten Kaufpreise zurückvergütet wird. Hier kann der Käufer sicher sein, daß er auch für den jetzt zu errechnenden Kaufpreis die prozentuale Vergütung erhalten wird, kann deren Höhe also bereits jetzt errechnen und vom Kaufpreis absetzen. Die Vereinbarung hat nur Liquiditäts- und Zinswirkung.

Allen Rabatten einschließlich des Barzahlungsrabattes ist gemeinsam, daß sie als Teil der Kaufpreiserrechnung oder selbständige Abzugsposten vom Kaufpreis (Barzahlungsrabatt) so oder so bei der Kaufpreiserrechnung eines konkreten Kaufvertrages zu berücksichtigen sind.

1.6 Umsatzrabatt (Bonus)

Eine weitere Gruppe von "Rabatten" wird als "Umsatzrabatt" bezeichnet²⁵⁾. Es soll sich um eine bloße Spielart des Mengenrabattes handeln²⁶⁾, obwohl schon

25) vgl. dazu unten Ziffer IV 3.2 (GUR).

26) SÖLTER, aaO S. 13; VON RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 3 Rdn. 31; BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht vor § 1 RabG Anm. 2; MÜLLER-GRIESS § 3 Rdn. 8; CHRISTL, BB 58, 993.

rein äußerlich folgende Besonderheiten bestehen:

- Bemessungsgrundlage für den "Rabatt" ist nicht die im Rahmen eines Kaufvertrages bezogene Warenmenge, sondern der Umsatz in einem bestimmten Zeitraum;
- damit läßt sich bei Abschluß des einzelnen Kaufvertrages nicht vorhersehen, ob überhaupt - und wenn ja: in welcher Höhe - ein "Rabatt" vergütet wird;
- die Vergütung wird erst nach Ablauf des Bonuszeitraumes bezahlt.

Damit ist die Verbindung zwischen den einzelnen Kaufverträgen und der Vergütung sehr viel lockerer als zwischen dem einzelnen Kaufvertrag und dem Rabatt. Die Frage ist also berechtigt, ob die Parteien wirtschaftlich und rechtlich wirklich den nachträglich bezahlten "Umsatzrabatt" als Rabatt im oben gekennzeichneten Sinne sehen - als Vergütung also, die unmittelbar auf den einzelnen Kaufvertrag wirkt und als unselbständiger Rechnungs- oder Abzugsposten bei der Kaufpreiserrechnung eine Rolle spielt. Im folgenden wird daher untersucht, ob der "Umsatzrabatt" (hier: Bonus genannt) für die Rabattleistung (Vertrieb konkreter Waren) oder für eine neben den einzelnen Kaufverträgen und dem Vertrieb konkret bezogener Waren stehende Leistung vergütet wird.

2. Die Bonusleistung

2.1 Grundsätzliches zum Leistungsaustausch

Der Händler kann sich auf den bloßen Vertrieb der

übernommenen Waren, also auf die Rabattleistung beschränken. Der Lieferant vergütet ihm dann im Zusammenhang mit den einzelnen Kaufverträgen den entsprechenden Funktionsrabatt. Häufig erhält der Händler aber zusätzlich zu den bei Abwicklung einzelner Kaufverträge gewährten oder zu diesem Zeitpunkt bereits fest errechenbar festgelegten Rabatten nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes einen weiteren Betrag, sofern der Händler in dem Zeitraum einen bestimmten Umsatz erzielt hat (Umsatzrabatt oder Bonus).

Dieser Betrag ist dann Bestandteil der einzelnen in dem Zeitraum abgeschlossenen Kaufverträge, wenn er nachträglicher Rabatt im obigen Sinne ist, also Vertriebsleistungen bei dem Absatz von mit den einzelnen Kaufverträgen bezogenen Waren honoriert (Leistungsrabatt) oder als Nichtleistungsrabatt wirtschaftlich unmittelbar mit den einzelnen Kaufverträgen zusammenhängt. Honoriert die Vergütung dagegen eine andere Leistung, so spricht dies gegen eine Einbeziehung des Bonus in die einzelnen Kaufverträge als Kaufpreisminderung. Es ist daher zu klären, ob es neben der Rabattleistung im obigen Sinne noch eine Bonusleistung wirtschaftlich eigener Art gibt und ob diese Leistung mit den einzelnen Kaufverträgen zusammenhängt.

Die ganz herrschende Meinung bezeichnet den Bonus - wie gesagt - als Spielart des Mengenrabattes, meint demnach, es handele sich um einen Funktionssonderrabatt im obigen Sinne, also eine Vergütung für die Ausübung von Vertriebsfunktionen. Andere

setzen den Bonus "im wesentlichen" mit dem Mengenrabatt gleich²⁷⁾. Wieder andere meinen, zwischen Rabatt(leistung) und Bonus(leistung) sei scharf zu unterscheiden²⁸⁾.

Der Bundesfinanzhof hat sich auf die Feststellung beschränkt, die Abgrenzung des Begriffes "Bonus vom Rabatt sei nicht eindeutig²⁹⁾.

Hier läßt sich schärfer nur abgrenzen, wenn man zunächst untersucht, welche Leistungsbeziehungen zwischen den Parteien bestehen, und ob eventuell unter diesem Gesichtspunkt zwischen Rabattleistung und Bonusleistung zu differenzieren ist.

Grundsätzlich ist zum Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien zu sagen: er erschöpft sich in der Regel nicht in der Lieferung von Waren durch den Verkäufer einerseits und deren Abnahme, Bezahlung und Weitervertrieb durch den Käufer andererseits. Innerhalb länger dauernder Geschäftsbeziehungen entwickeln vielmehr Händler häufig Sonderaktivitäten: sie führen regionale Werbefeldzüge für Produkte eines Lieferanten durch, präsentieren dessen Produkte bei allgemeinen Messen oder Ausstellungen, führen eigene Sonderverkaufsveranstaltungen (Demonstrationen) durch, schulen Personal des Lieferanten, übernehmen Service, Wartung und Kundendienst für Produkte des Lieferanten und betreiben sogar Marktforschung für ihn.

27) BENISCH, aaO GRUR 76, 452

28) ZIEGLER, Wt 1955, 81 ff = ZfB 1955, 302 ff.

29) vgl. oben Fußnote 2.

Diese Aktivitäten können Teil der allgemeinen Vertriebsleistung sein (Wartung und Service können noch dem Vertrieb zugeordnet werden); die entstehenden Kosten werden dann durch den Funktionsgrund-, eventuell einen besonderen Funktionssonderrabatt abgegolten. Häufig aber - wie z.B. bei der Durchführung von Demonstrationen, der Abstellung von Personal für Verkaufs- und Informationsstände auf Messen etc. - handelt es sich um Engagements, die nach dem Verständnis der Parteien mit der allgemeinen Vertriebsleistung nichts mehr zu tun haben, sondern echte Sonderleistungen außerhalb der normalen Warenabnahme- und Warenvertriebsbeziehungen sind. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, daß diese Leistungen in der Regel gesondert abgerechnet und bezahlt werden. Die Leistungs- und Zahlungsvorgänge werden denn auch weder rechtlich noch wirtschaftlich als Bestandteil einzelner Kaufverträge eingeordnet.

So leisten sich die Parteien wechselnd wirtschaftlich und rechtlich voneinander zu sondernde Sachen, Dienste und Werkleistungen einerseits, Geld andererseits. Das Gesamtvertragsgefüge (Dauerschuldverhältnis als Organismus; Schuldverhältnis im weiteren Sinne) zwischen den Kaufvertragsparteien ist so häufig ein Geflecht von einzelnen Leistungsbeziehungen (Schuldverhältnissen im engeren Sinne). Es wäre deshalb nicht ungewöhnlich, wenn der Händler auch den Bonus für eine Leistung (wirtschaftlich und rechtlich) eigener Art erhielte, die von einzelnen Kaufverträgen zu **sondern** ist. Vor eigener Stellungnahme soll zunächst geprüft werden, wie Literatur und Rechtsprechung in ver-

schiedenen Rechtsgebieten diese Frage beantworten und wie sie dem Bonus vergleichbare wirtschaftliche Sachverhalte unter dem Gesichtspunkt der Leistung einordnen.

2.2 Bonusleistung und -vergütung in Literatur und Rechtsprechung

Im Bürgerlichen Recht wird der Begriff des Bonus oder des Umsatzrabattes - soweit ersichtlich - nicht erwähnt.

Betriebswirtschaftliche und kartellrechtliche Literatur befassen sich mit dem Bonus in erster Linie unter dem Aspekt des § 3 GWB. Dabei stellt sich unter anderem die Frage, ob der in der Form der üblichen Gesamtumsatzrabattkartelle kartellierte Bonus für "eine echte Leistung" im Sinne des § 3 GWB bezahlt wird. Weiter unten wird dargestellt, daß es auf diese Frage - folgt man der hier vertretenen Meinung - nicht ankommt, sondern der Bonus unabhängig davon nicht kartellierbar ist³⁰⁾. In der Regel wird der nicht kartellierte Bonus (Gesamtumsatz) - wie auch in der Literatur zum RabG - als bloße "Spielart" des Mengenrabattes bezeichnet. Dabei wird unterstellt, daß es eine Bonusleistung wirtschaftlich eigener Art nicht gibt. In der steuerrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist dagegen (abgesehen vom Umsatzsteuerrecht) der Leistungsgesichtspunkt nicht

30) vgl. unten Ziffer IV 2.3.

entscheidend; Literatur und Rechtsprechung befassen sich hier mit der Frage, ob Boni in der Buchführung und Bilanz des Bonusempfängers die Anschaffungskosten von Waren mindern bzw. bei dem Lieferanten zu passivieren sind oder ob sie ein positives Betriebsergebnis eigener Art, also auch gesondert und ohne Bezug zu den Anschaffungskosten auszuweisen sind.

Aus der jeweiligen Antwort auf diese Fragen läßt sich jedoch gleichzeitig entnehmen, ob Bonus und Bonusleistung als Bestandteil der einzelnen Warenkaufverträge angesehen werden bzw. ob sie mit Rabatt und Rabattleistung wirtschaftlich gleichgesetzt werden oder nicht.

2.2.1 Die Rechtsprechung der obersten Finanzgerichte

Der Reichsfinanzhof hat in zwei Entscheidungen zum Umsatzsteuerrecht ³¹⁾ erklärt, der Bonus sei wirtschaftlich ein Nachlaß vom Preis früher geschlossener Warenkaufverträge.

In beiden Fällen ging es um die Beurteilung einer "Jahresumschlagsvergütung", die der Lieferant dem Händler nach Ablauf des Abrechnungsjahres auf der Grundlage des Jahresumsatzes gewährt hatte. Das Beschwerde führende Finanzamt hatte vorgetragen, die Vergütung werde "lediglich als Belohnung gewährt und zwar aufgrund eines besonderen Rechtsgeschäftes, durch das der Bestand der vorausgegangenen Lieferungsgeschäfte auch hinsichtlich der Preisvereinbarung nicht berührt werde".

31) RFH v. 26.4.1921, RFHE 25, 233 und v. 16.4.1926 V A 112/26, RFHE 19, 28.

Der RFH lehnte diese Argumentation mit der kurzen Begründung ab, "eine solche Auslegung der den Umschlagsvergütungen zugrunde liegenden Verträge entspreche weder dem Vertragswillen der Beteiligten noch der wirtschaftlichen Bedeutung der zwischen ihnen bestehenden geschäftlichen Beziehungen". Er entschied in beiden Fällen, die Beteiligten hätten mit der Vergütung im wirtschaftlichen Sinne das Lieferungsgeschäft oder seine Entgeltlichkeit nachträglich ganz oder teilweise wieder aufheben wollen. Es komme nicht darauf an, aufgrund welcher Vereinbarung der Steuerpflichtige seinem Abnehmer die Umschlagsvergütung gewähre. Die Umschlagsvergütung stelle einen Preisnachlaß dar, durch den die Entgeltlichkeit des früheren Lieferungsgeschäftes teilweise wieder aufgehoben werde; sie stelle sich dem Wesen der Sache nach als eine vertragsmäßig zugesicherte Preisermäßigung dar.

Der Bundesfinanzhof nahm in verschiedenen Entscheidungen zur steuerlichen Behandlung von Bonuszahlungen oder Forderungen auf Bonuszahlungen Stellung³²⁾, hat sich zu den aufgeworfenen Fragen jedoch bisher nicht eindeutig geäußert.

32) BFH v. 15.9.1956 I 103/55 U BStBl 1956 III, 349
BFH v. 7.11.1957 IV 33/56 U BStBl 1958 III, 65
BFH v. 14.1.1960 IV 108/58 U BStBl 1960 III, 137
BFH v. 13.3.1963 I 246/59 BB 63, 761 = DB 1963, 750
BFH v. 15.5.1963 I 69/62 U BStBl 1963 III, 503
BFH v. 29.10.1963 VII 41/62 U DB 1964, 96
BFH v. 21.11.1963 IV 345/61 S BStBl 64 III, 183
BFH v. 14.1.1960 IV 108/58 U BStBl 1960 III, 137
BFH v. 10.8.1972 VIII R 1/67 BStBl 1973 II, 9

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1957 be-
jahrt der BFH den unmittelbaren Zusammenhang
zwischen Bonuszahlung und Kaufverträgen im
Bonuszeitraum; er stellt fest: "Wirtschaft-
lich gesehen stellen die Umsatzprämien Rück-
vergütungen auf die Anschaffungskosten dar"³³⁾.
Der BFH begründete diese Feststellung nicht
näher. Im Jahre 1963³⁴⁾ führt der BFH dagegen
aus: "Die Abgrenzung des Begriffes Bonus
vom Rabatt ist nicht eindeutig. Im allgemei-
nen kann man davon ausgehen, daß der Bonus
die Vergütung des Lieferanten an den Kunden
für den Gesamtumsatz innerhalb eines bestimm-
ten Zeitraumes ist der Bonus ist also
ein Entgelt des Lieferers für ein Verhalten
des Kunden über einen längeren Zeitraum hin
.....". In der weiteren Begründung des Urtei-
les bezeichnet der BFH den Bonus jedoch er-
neut als "Rückvergütung", "Kaufpreistrückge-
währ" und "Kaufpreistrückvergütung".

2.2.2 Stellungnahmen in der steuerrechtlichen Lite- ratur

2.2.2.1 Bonuszahlung als Bestandteil der im Bonuszeit- raum abgeschlossenen Kaufverträge

Uecker³⁵⁾ führt aus, es ergebe sich "zwingend
aus der Natur der Sache", daß auch Vereinba-
rungen über "Bonusgewährung, die in all-
gemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferers
enthalten seien, Bestandteile

33) BFH v. 7.11.1957 IV 33/56 U BStBl 1958 III, 65.

34) BFH v. 13.3.1963 I 246/59 BB 63, 761 = DB 63,750.

35) FRITZ UECKER, Wpg 1955, 334 ff, 421 ff, 470 ff,
hier 421, 422.

der einzelnen Kaufverträge seien, da mit diesen Klauseln Vereinbarungen über den Kaufpreis getroffen würden", nämlich "über die nachträgliche Gewährung eines Rabattes, der den Kaufpreis mindert". Uecker fährt fort: "..... wir betrachten daher die Bonusbedingungen als integrierende Bestandteile der Kaufverträge wenn wir uns nunmehr dem wirtschaftlichen Gehalt des Bonus zuwenden, so sei zunächst festgehalten, daß es sich um eine Abart des Rabattes, also um einen Preisnachlaß handelt, der, vom Einzelumsatz gelöst, nachträglich zur Ausschüttung gelangt. Sowohl Rabatt als auch Bonus stellen Vergütungen des Lieferers für bestimmte Funktionen, für Tun oder Unterlassen des Abnehmers - früher, jetzt oder später - dar. Unterschiedlich ist lediglich die Bemessungs- und Verrechnungs- bzw. Ausschüttungsart. Es handelt sich als um im Wesen gleich geartete Erscheinungen des Wirtschaftslebens. Es fragt sich daher, ob diese äußeren Unterschiede, insbesondere die Loslösung des Bonus vom Einzelumsatz, eine verschiedenartige Behandlung von Rabatt und Bonus rechtfertigen können. Die Wesensgleichheit von Rabatt und Bonus spricht u.E. grundsätzlich für gleiche Behandlung; Verrechnungsunterschiede können daran nichts ändern". Uecker stellt dann fest, daß die Gewährung des Bonus mit den Anschaffungspreisen nichts zu tun habe.

Kellerbach³⁶⁾ kommt zwar zunächst zu dem Ergebnis, daß "der Bonus mit den Anschaffungs-

36) HEINRICH KELLERBACH, StBp 64, 68.

kosten nichts zu tun hat". Dies scheint anzudeuten, daß er die Bonuszahlung als Teil einer eigenen Leistungsbeziehung sieht. Wenig später führt Kellerbach jedoch aus, "der Kunde habe um den Bonus billiger eingekauft". Diese - widersprüchlichen - Ausführungen sind nicht näher begründet.

Mörs³⁷⁾ "will eine Trennung von Bonusgewährung und Warenlieferung nicht anerkennen". Er begründet dies damit, daß der Kaufmann die Bonusgewährung bei seinem Wareneinkauf berücksichtigen werde und bei dem Vergleich der Angebote den Einkaufspreis der Waren an der Bonusgewährung kalkuliere. Auch der Umfang seines Warenbezuges sei maßgeblich von der Höhe der Bonusgewährung beeinflußt. Man könne sich zum Beispiel vorstellen, daß der Kaufmann eine zusätzliche Lieferung bestelle, damit er für diesen Abrechnungszeitraum in den Genuß der Bonusvergütung komme.

Auch die steuerrechtliche Kommentarliteratur behandelt den Bonus meist ohne nähere Begründung als Minderung der Anschaffungskosten³⁸⁾.

37) HUBERT MÖRS, S. 34.

38) vgl. etwa: Wirtschaftsprüferhandbuch 1973, S. 558; Adler-Düring-Schmaltz, § 131 AktG Rdn. 106 (teilweise abweichend die 4. Aufl. 1968 § 153 AktG Rdn. 19); HERRMANN-HEUER, 17. Aufl. 1975, § 6 EStG Anm. 39 c, Stichwort "Bonus", § 5 EStG Anm. 57 Stichwort "Umsatzvergütung", § 5 EStG Anm. 61 Stichwort "Bonus", § 23 KStG Anm. 28; einschränkend: MELLEROWICZ, § 153 Anm. 42; FELIX, Umsatzsteuererlaß in Karteiform, Erlaß des

2.2.2.2 Bonuszahlung als Teil einer Rechtsbeziehung eigener Art

Franz Ziegler³⁹⁾ führt im Zusammenhang mit der Frage, ob der Bonus - wie der Rabatt - in Buchführung und Bilanz des Bonusempfängers die Warenanschaffungskosten mindere, aus: "Sofern aber der Sachverhalt so ist, daß Grund und Höhe der Vergütung von dem Verhalten des Abnehmers (Tun oder Unterlassen) n a c h dem Bezuge anhängt, dann hat diese Vergütung meines Erachtens mit dem Anschaffungspreis nichts mehr zu tun. Hier ist meines Erachtens für die Verringerung des Einkaufspreises um den Bonus kein Raum mehr, da der später noch abzurechnende Bonus mit der Beschaffung und den damit zusammenhängenden Beschaffungskosten in keiner Beziehung mehr steht. Die einzelne Ein-

BMF IV 4 A/3-S 7336-6/68 v. 8.2.69, § 17 UStG Nr. 8; COENENBERG, S. 64; Steuer- und Wirtschaftskurzpост, Gruppe 8 S. 1651 Ziffer 3.2 "Minderung des Entgelts" und Gruppe 4 a S. 537/538 "Rabatte" - allerdings nicht recht vereinbar mit den Ausführungen Gruppe 4 a S. 549 "Bonus"; BLÜMICH-FALK, § 6 Anm. 9; § 6 Tz 34; BÜHLER-PAULIG, § 5 EStG Anm. 22; Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Sonderausschusses Neues Aktienrecht des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Stellungnahme NA 5/1966 zur Bewertung der Vorräte, abgedruckt in WtG 66, 677; DR. GABLER'S Wirtschaftslexikon 1967, Stichwort "Bonus".

39) FRANZ ZIEGLER, Der Wirtschaftstreuhänder, 1955, 23, 24 = Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1955, 3Q4, 305.

kaufsrechnung ist für den Bonus lediglich Berechnungsgrundlage". Ziegler kommt zu dem Ergebnis, daß der Bonus wirtschaftlich von dem einzelnen Bezuge losgelöst und bei der Bilanzierung auch für die Bewertung der einzelnen Bezüge keine Rolle spielt.

Ziegler definiert daher den Bonus als "eine Vergütung des Lieferanten an seinen Abnehmer für Leistungen, die dieser erst nach dem einzelnen Bezuge erbringt oder erbringen soll. Er ist an Bedingungen geknüpft, deren Erfüllung erst nach der Lieferung festgestellt werden kann". Er führt weiter aus, diese Bedingungen bezögen sich auf die Art und Weise eines bestimmten Verhaltens am Markte und sollten darüberhinaus einen Anreiz zur Erzielung eines bestimmten Umsatzes geben. Damit verlagere sich das wirtschaftliche Schwergewicht von dem einzelnen Bezuge weg zu der Betriebsleistung des Abnehmers. Dieser berücksichtige deshalb auch den Bonus in der Regel eher im Rahmen seiner gesamten Betriebsrechnung als bei der Berechnung der Handelsspanne für die einzelnen Artikel. Außerdem könne erst nach dem Bezuge festgestellt werden, ob und in welchem Umfange der Abnehmer, die für die Gewährung des Bonus gestellten Voraussetzungen oder Bedingungen erfüllt habe. Der Bonus sei daher von den einzelnen Bezügen losgelöst.

Nach Hartz⁴⁰⁾ steht der Bonus im Gegensatz zu Skonto und Rabatt nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer einzelnen Lieferung bzw. einem einzelnen erworbenen Wirtschaftsgut, er sei vielmehr ein Entgelt des Lieferers für das Verhalten seines Kunden während eines

40) Hartz, DB 361, 362.

längeren Zeitraumes. Der Bonus habe zwar seine Wurzel in Lieferungen, stehe aber wirtschaftlich nicht mit einer bestimmten Lieferung in Beziehung. Umsatzsteuerrechtlich soll nach Hartz der Bonus allerdings doch ein "nachträglicher gesonderter Preisnachlaß", nämlich "die Rückgewährung eines früher geleisteten Entgeltes" sein. Ähnlich äußert sich auch Ludewig⁴¹⁾. Diese Inkonsequenz ist nicht näher begründet.

Wessel⁴²⁾ führt aus, der Bonus wirke zwar wie ein nachträglicher Preisnachlaß, sei jedoch in Wirklichkeit kein Preisbestandteil, sondern eine selbständige Prämie, für die der erzielte Umsatz lediglich die Berechnungsgrundlage bilde. Dem Bonus liege der Gesamtumsatz zugrunde, ohne Rücksicht darauf, ob das einzelne Geschäft einen Abzug zugelassen hätte oder nicht. Letzteres sei aber doch üblicherweise Voraussetzung für die Einräumung eines Preisnachlasses. Gegen die Eigenschaft des Bonus als nachträglicher Preisermäßigung spreche schließlich ein doppelter praktischer Gesichtspunkt. Sie würde nämlich bedeuten, daß die jeweils ursprünglich ausgestellte Rechnung nie endgültig, sondern immer nur unter dem Vorbehalt einer späteren Änderung - nach unten - erstellt worden sei. Diese sich zwingend ergebende Folgerung munde reichlich konstruiert an. Zum anderen würde der Abzug des Bonus, wäre er Preisbestandteil, den Umsatz kürzen, was wiederum eine Senkung des Bonus zur Folge haben müßte, da ja der Umsatz die Grundlage für die Ermittlung der Bo-

41) LUDEWIG, DB 1962, 1600.

42) HANS-HEINZ WESSEL, DB 1965, 311, 312.

nushöhe sei. Eine exakte Berechnung des Bonusbetrages wäre also aufgrund dieser Wechselwirkung zwischen Umsatz und Bonus kaum möglich.

Trescher⁴³⁾ verweist zustimmend auf ein Schreiben des Bundeswirtschaftsministeriums aus dem Jahre 1954⁴⁴⁾ in dem das Bundeswirtschaftsministerium ebenfalls die Ansicht geäußert hat, es fehle eine unmittelbare Verbindung zwischen Bonus und dem Preis einzelner Kaufverträge.

Mellerowicz⁴⁵⁾ hält es immerhin für möglich, daß der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Bonus einerseits und der einzelnen Lieferung verlorengehen kann.

2.2.3 Stellungnahmen in der kartellrechtlichen Literatur und der Literatur zum Rabattgesetz

Nach einhelliger Meinung in der Literatur ist der nicht kartellierte Bonus nur eine Spielart des Mengenrabattes, und damit Preis-

43) KARL TRESCHER, BB 59, 100, 102.

44) Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft an den Verband des Nahrungs- und Genußmittelgroßhandels Baden-Württemberg vom 15.9.1954, (I B 2-4557/54); der Originaltext konnte trotz Rückfrage nicht mehr beschafft werden.

45) MELLEROWICZ, § 153 Anm. 42.

bestandteil. Nur das BKartA hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1975 zu § 16 GWB festgestellt, der Bonus sei von dem einzelnen Kaufgeschäft losgelöst und damit weder rechtlich noch wirtschaftlich ein auf den Preis bezogener Nachlaß, auch nicht Preisbestandteil; dem hat sich - soweit aus den veröffentlichten Urteilsgründen ersichtlich - das Kammergericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1976 angeschlossen⁴⁶⁾.

In der Literatur zum Rabattgesetz wird der Bonus als Form des Mengenrabattes und - wie dieser - als Preisnachlaß (Preisbestandteil) bezeichnet⁴⁷⁾.

46) BKartA v. 22.12.1975 WuW 1605/1607/1608;
KG v. 20.10.76 - Kart 4/76, NJW 77, 392.

47) BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht vor § 1
Rdn. 3, § 1 Rdn.18, 41, § 7 Rdn. 3.

2.2.4 Die Beurteilung bonusähnlicher Sachverhalte in Literatur und Rechtsprechung

Ein vollständiges Bild läßt sich nur gewinnen, wenn verwandte Sachverhalte und ihre wirtschaftliche und rechtliche Einordnung mit in die Betrachtung einbezogen werden.

2.2.4.1 Der Treurabatt

Der sog. Treurabatt war bis zum Ende des zweiten Weltkrieges eine von Kartellen regelmäßig praktizierte Rabattform. Die Bezeichnung ist zurückhaltender, als der wirtschaftliche Tatbestand, der sich hinter ihr verbirgt: die Gewährung eines Rabattes an solche Abnehmer von Waren der Kartellmitglieder, die sich verpflichten, nicht bei Außenseitern zu beziehen (Treuepflichtrabatt⁴⁸⁾). Der Rabatt wurde gewährt, wenn der Verpflichtete nach Ablauf einer bestimmten Zeit erklärte, daß er während der Vergangenheit nicht mit Außenseitern kontrahiert hatte. Häufig war der Verpflichtete schon im Vorgriff auf den erwarteten späteren Treurabatt berechtigt, Kürzungen an den Kaufpreisen einzelner Warenlieferungen vorzunehmen. Es handelte sich hier aber nicht um endgültige Zahlungen, da die Gesamtrabattsumme erst nach Ablauf des Zeitraumes endgültig zugewiesen wurde; wurde ein Verstoß gegen die Treuepflicht festgestellt oder gab der Verpflichtete die Versicherung am Ende des Zeitraumes nicht ab, so erhielt er den "Rabatt" nicht und mußte schon in An-

48) BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht von § 1 RabG Anm. 2; KLÖNNE, S. 3 spricht von "Treuepflichtungsrabatt".

spruch genommene Abschlagszahlungen zurückzahlen⁴⁹⁾.

Bei der Spielart des Treulohnrabattes⁵⁰⁾ verpflichtete sich der Rabattempfänger nicht, bei Außenseitern nicht zu beziehen, erhielt aber den Rabatt nach Ablauf des bestimmten Zeitraumes ebenfalls nur dann, wenn er bestätigt hatte, tatsächlich nicht bei Außenseitern bezogen zu haben⁵¹⁾.

(1) Treulohnrabatt in der Form der "zurückgestellten Rabatte"

Die sog. zurückgestellten Rabatte waren die früher in der Seeschifffahrt übliche ältere Form des Treurabattes, die sich jedoch in Abwandlungen bis heute erhalten haben. Eine etwas umständliche, aber korrekte Beschreibung findet sich bei Rheinbeck⁵²⁾:

"Die großen zwischenstaatlichen Seeschifffahrtsverbände, welche unter der Bezeichnung "Schifffahrtskonferenzen" für bestimmte Fahrtrichtungen kartellmäßige Vereinigungen zum Betriebe der Linienfracht bilden, benützen als ein besonders wirksames Mittel zur Sicherung eines, die Aufrechterhaltung eines regelmäßigen Dienstes mit fest bestimmten Segetagen wirtschaftlich ermöglichenden ständigen Frachtraumkun-

49) KLÖNNE, aaO S. 4

50) BAUMBACH-HEFERMEHL aaO; KLÖNNE, aaO S.3 der darauf hinweist, daß dieser Typus am häufigsten in der Seeschifffahrt vorkam.

51) Vgl. zu den Gestaltungen insbesondere des Treupflichtrabattes etwa ISAY-TSCHIRSCHKY, S. 58; KLÖNNE, aaO S.4.

52) RHEINBECK, LZ 1925, 183 ff.

denkreises, das System der sog. "zurückgestellten Rabatte". Das Wesen dieses Systems besteht darin, daß in öffentlichen Bekanntgaben der Konferenzmitglieder - durch Rundschreiben an alle möglicherweise in Betracht kommenden Exporteure - jedem Befrachter ein bestimmter Rabatt zugesagt wird unter folgenden Bedingungen:

- a) Voraussetzung der Rabattberechtigung ist, daß der betreffende Exporteur seine sämtlichen, in der bestimmten Fahrt und Fahrtrichtung verschifften Güter während einer bestimmten Rabattperiode, meist ein Kalenderhalbjahr, ausschließlich mit Dampfern der Konferenzmitglieder befördert und sich ferner von jeglicher direkten oder indirekten Beteiligung bzw. jeglichem direktem oder indirektem Interesse an Außenseiterverschiffung ferngehalten hat;
- b) Der Exporteur muß nach Schluß der Rabattperiode binnen bestimmter Frist eine Aufstellung der Verschiffungen und Frachtbeträge, auf welche Rabatt beansprucht wird, den jeweils in Betracht kommenden Konferenzreedereien mit der ausdrücklichen Versicherung gewahrter Konferenztreue einreichen;
- c) Der Rabatt wird "zurückgestellt" und erst ausbezahlt, nachdem der Exporteur während eines weiteren, regelmäßig der ersten Rabattperiode gleichlangen und mit deren Ablauf beginnenden Zeitraumes, also des nächstfolgenden Kalenderhalbjahres, die Bedingung unter a) weiter erfüllt hat. Jede Außenseiterverschiffung bedeutet also den Verlust der Rabatte für die laufende u. für die unmittelbar vorangegangene Rabattperiode."

Literatur und Rechtsprechung haben sich mit der wirtschaftlichen Zielsetzung dieser Rabattabsprache und der Frage ihres Zusammenhanges mit den einzelnen Frachtverträgen befaßt.

Wirtschaftliches Ziel ist die "Sicherung eines regelmäßigen Dienstes", "intensiverer Betrieb zu niedrigen Frachtsätzen, sowie regelmäßig erfolgende Verschiffungen", "Sicherheit für eine kontinuierliche Auslastung"⁵³⁾. Die hM war der Ansicht, daß es sich hier um einen "selbständig neben dem dazugehörigen Frachtvertrag herlaufenden" Vertrag⁵⁴⁾, nicht dagegen um einen Bestandteil der einzelnen Frachtverträge handele.

53) RHEINBECK, aaO; OLG Hamburg v. 14.1.1925 (ohne Az. mitgeteilt), Kartell-Rundschau 1925, 314 ff; BHG v. 5.7.1973 - KVR 3/72 - Fernost - Schifffahrtskonferenz, WUV E BGH 1269.

54) OLG Hamburg v. 26.10.1903, zitiert bei DECKINGER, Die rechtliche Behandlung des Rabattversprechens nach dem System der zurückgestellten Rabatte (system of deferred rebates) der Verbände in der Seeschifffahrt, Heft 24 (1915) der Schriften des königlichen Instituts für Seeverkehr und Weltwirtschaft an der Universität Kiel, Kaiser-Wilhelm-Stiftung, S. 33/34; Franck, Validité de la Clause des Rabais dans les Affaires des Transportes Maritimes, Antwerpen 1912 S. 15, zitiert bei DECKINGER, aaO; RHEINBECK, aaO S. 190; OLG Hamburg v. 14.1.25, (ohne Az mitgeteilt) Kartellrundschau (KR) 1975; 314 222/223; RHEINBECK und das OLG Hamburg v. 14.1. 1925 sehen in dem Rabattvertrag eine Auslobung (§ 657 ff BGB) vgl. dazu unten Ziffer III. 3.1.1; a.A. DECKINGER, aaO S. 27 ff, 30 ff, wonach die Zusage "Frachtbedingung des Reeders" sein soll, "die ... als besondere aber nicht gesonderte Vereinbarung zu dem Hauptinhalt des (Fracht-) Vertrages ... gehöre".

(2) Treupflichtrabatte

Unter der Geltung der Kartellverordnung von 1923 waren Treurabatte in der Wirtschaft ganz allgemein verbreitet⁵⁵⁾. Es finden sich daher aus dieser Zeit differenziertere Äußerungen zum wirtschaftlichen Zweck des Treurabattes, der in der Regel Treupflichtrabatt war. Die Industrie⁵⁵⁾ selber sah das wirtschaftliche Ziel des Treurabatts so:

55) vgl. etwa die Äußerung des Sachverständigen A (Geschäftsführer im Textilgesamtverband) in der Sachverständigenvernehmung (Textilveredelung) vor dem Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (abgedruckt in den Verhandlungen und Berichten des Untersuchungsausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, 2. Teil, Entwicklungslinien der industriellen und gewerblichen Kartellierung, 4. Abschnitt, Textilindustrie B, 1930, Verlag Mittler & Sohn, Berlin, S. 47): "Der Treurabatt hat in der Textilveredelungsindustrie seit jeher eine große Rolle gespielt in 15 oder 16 von den etwa 36 Verbänden der Textilveredelungsindustrie ist der Treurabatt eingeführt". Insbesondere die kartellrechtliche Literatur und Rechtsprechung haben sich deshalb intensiv mit dem Treupflichtrabatt befasst, weil § 9 Abs. 1 KartellVO die "Verhängung von Sperren" untersagte und deshalb zu prüfen war, ob die Zahlung von Treurabatten nur an bestimmte Abnehmer die Wirkung einer Sperre gegenüber Außenseitern hatte (vgl. etwa RG v. 1.9.1928 120/27 VI, JW 28, 1209).

"Der Treurabatt hat in erster Linie den Zweck, den Mitgliedern des Verbandes eine regelmäßige Beschäftigung zu verschaffen, er soll die Kundschaft anreizen, möglichst alle Aufträge den Verbandsmitgliedern zuzuweisen, denn hierdurch wird die Arbeitsweise in den Veredelungsanstalten vorteilhaft beeinflusst. Mit Hilfe des Treurabattes soll vor allem auch vermieden werden, daß die Kundschaft den Mitgliedern der Veredelungsverbände nur kleine, ausgefallene, und deshalb mit hohen Unkosten auszuführende oder auch nur besonders eilige Veredelungsaufträge zuweist, dagegen die großen, nicht so dringlichen Posten an Nichtverbandsmitglieder vergibt, die vielleicht den betreffenden Artikel insbesondere mit Rücksicht auf die großen Partien etwas billiger ausrüsten. Der für den Veredler notwendige Ausgleich würde vollkommen fehlen jedenfalls legen die Verbände aufgrund der Erfahrungen, die sie gemacht haben, auf den Treurabatt den größten Wert; sie sind nicht geneigt, auf dieses Instrument zu verzichten, das ihnen eine einigermaßen geregelte Beschäftigung sichert."

Ein anderer Sachverständiger hebt hervor, daß der Treurabatt sich positiv auf die technische Leistungsfähigkeit der kartellierten Betriebe auswirke⁵⁶⁾.

Auch in der Literatur wurde diese Zielrichtung anerkannt⁵⁷⁾. Dort wurde außerdem darauf gelegt, der Treurabatt diene der Sicherung

56) aaO (Fußnote 55) S. 48, 49.

57) WALDECK, 1922, S. 161

regelmäßigen Absatzes⁵⁸⁾, der Steigerung des Absatzes⁵⁹⁾, der zweckmäßigeren und billigeren Produktion und der Vermeidung des Risikos der Überproduktion⁶⁰⁾. Der BGH führt in jüngster Zeit zu einem Treuepflichtkartell in der Seeschifffahrt aus: "Ein Liniendienst, der eine Reihe von - teilweise auch ungünstig gelegenen - Häfen fahrplanmäßig bedient und zwar unabhängig davon, ob das jeweils anfallende Ladungsgut die rentabilitätsnotwendige Auslastung ermöglicht, ist wegen der hohen Einrichtungs- und Anlaufkosten sowie wegen der hohen Fixkostenbelastung in besonderem Maße schutzbedürftig; er bedarf daher einer gewissen Sicherheit für eine kontinuierliche Auslastung, die ihm durch die Marktregelung der Schifffahrtskonferenzen gewährt wird."⁶¹⁾

(3) Äußerer Kartellzwang

Daneben werden mit dem Treuerabatt aber auch ganz andere Ziele verfolgt. In der bereits zitierten Sachverständigenvernehmung⁶²⁾ erklärte

58) ISAY, Gruchot, 68 (1927), S. 23.

59) KLÖNNE, aaO S. 1.

60) HAUSZMANN-HOLLAENDER, S. 95.

61) BGH v. 5.7.73 - KVR 3/72, Fernost-Schifffahrtskonferenz, WuWE BGH 1269, 1272. Das Kartell war ein Treuepflicht- und Treuelohnkartell. Es fiel unter § 99 Abs. 2, 1 GWB; der BGH hatte die Frage zu klären, ob die Ausschließlichkeitsvereinbarungen oder die Art ihrer Durchführung mißbräuchlich iSd § 104 GWB war.

62) vgl. Fußnote 55).

ein Seidenfabrikant (Besteller bei den Textilveredelungsbetrieben) unwidersprochen: "Nach meiner Überzeugung wäre es denjenigen Verbänden der Verdelungsindustrie, die mir als Abnehmer näher bekannt sind, nicht möglich gewesen, ihre auf einheitliche Preisfestsetzung gerichteten Ziele, die ich bejahe, ohne Treuerabatt zu erreichen."

In der gesamten Literatur wird der Treuerabatt als Machtmittel des Kartells zur Durchsetzung des "äußeren Organisationszwangs" bezeichnet, das der Disziplinierung von Außenseitern diene, indem es Kunden verbiete von Außenseitern zu beziehen. Auf diese Weise würden Außenseiter vom Markt verdrängt bzw. zum Beitritt gezwungen; es war und ist deshalb einhellige Meinung, daß der Treuerabatt kartellrechtliches Zwangsmittel ist⁶³⁾.

Damit tritt neben die auf den einzelnen Betrieb ausgerichtete Zielrichtung eine weitere Zielrichtung bei der Verwendung des Treuerabattes durch mehrere Betriebe gleicher Handelsstufe gegenüber der kontrahierenden Marktstufe und Außenseitern der gleichen Handelsstufe.

63) ISAY-TSCHIERSCHKY, S. 58; MÜLLENSIEFEN-DÖRINKEL, VIII S. 10; KESTNER, S. 101/102, S. 42; HEMPFIING, S. 32; RG JW 1928, 1209, 1210; LULEY, S. 34/35; ISAY, Gruchot, aaO S. 23; KLÖNNE, aaO S. 1.

(4) Zusammenhang zwischen Treuerabatt und einzelnen Kaufverträgen

Zu der Frage des Zusammenhanges zwischen den einzelnen Kaufverträgen und der Treuerabattabrede war die überwiegende Meinung der Ansicht, daß es sich um einen selbständig neben den einzelnen Kaufverträgen stehenden Vertrag handele⁶⁴⁾.

2.2.4.2 Genossenschaftliche Rückvergütung

Die Genossen einer warenvertreibenden Genossenschaft kaufen im Laufe des Geschäftsjahres im Rahmen einzelner Kaufverträge Waren von der Genossenschaft.

Läßt die Gewinnsituation der Genossenschaft es zu, so schüttet die Genossenschaft nach Ablauf des Geschäftsjahres an ihre Genossen, gestaffelt nach dem mit jedem Genossen in dem vergangenen Jahr erzielten Gesamtumsatz, einen Teil der "Erübrigungen"⁶⁵⁾ aus.

64) WALDECK, aaO; GOLDBAUM, 149 ff; unklar MAYER-ALBERTI, NJW 1924, 157; vermittelnd KLÖNNE, aaO S. 6, 7; a.A. ISAY-GRUCHOT, aaO.

65) Die "Erübrigungen" entsprechen dem Bilanzposten, der normalerweise als Gewinn bezeichnet wird. WESTERMANN bei SARAPHIM, S. 4, Ziffer 2 spricht bei Genossenschaften jedoch nicht von Gewinn, sondern von Erübrigungen, da gerade umstritten ist, ob die Rückvergütung einer Genossenschaft zum Gewinn im handels- und steuerrechtlichen Sinne gehört; zur steuerrechtlichen Behandlung im einzelnen vgl. HERRMANN-HEUER, Körperschaftsteuergesetz, § 23 Anm. 31 ff.

Es soll hier nicht zu der Frage der rechtlichen Qualifizierung der Rückvergütung, insbesondere zu der Streitfrage Stellung genommen werden, ob diese Ausschüttung "Gewinnverteilung", ein "Rechtsinstitut eigener Art" oder "mitgliedschaftsrechtlich gebunden" ist⁶⁶⁾. Hier interessiert vielmehr nur die bei der Rückvergütung ebenfalls diskutierte Frage, ob die Vergütung wirtschaftlich Bestandteil der einzelnen im vergangenen Geschäftsjahr abgeschlossenen Kaufverträge, also "Preisnachlaß" ist oder auf einem eigenen Rechtsgrund (gleich welcher rechtlichen Qualifikation im einzelnen) beruht.

Die ganz herrschende Meinung in der genossenschaftsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wie auch im Steuerrecht ist der Ansicht, die Rückvergütung habe mit den einzelnen Umsätzen (Kaufverträgen) nichts zu tun⁶⁷⁾, sei

66) WESTERMANN, aaO S.3, Ziffer II 1, S. 4 Ziffer 2, 3; REINHARDT, ebendort, S. 29; PAULICK, ebendort, S. 31; TRESCHER, ebendort, S. 49; SCHUBERT, Urteilsanmerkung NJW 64, 352, 353.

67) WESTERMANN, aaO S. 23; REINHARDT, aaO S.29; TRESCHER, aaO, S. 50 ff.; MENTZEL, ebendort, S. 65, 66; SCHUBERT, ebendort, S. 40; wohl auch GLEISS-HOOTZ, NJW 65, 1357; LANGWEITMÜLLER, § 19 Anm. 7; MEYER-MEULENBERGH, § 19 Anm. 3; KLAUS MÜLLER, § 19 Anm. 19, 20; HOTH, § 1 Rdn. 40.

kein Preisnachlaß⁶⁸⁾ und habe einen von den einzelnen Umsätzen losgelösten Rechtsgrund; die Einzelumsätze, die in ihrer Gesamtheit die Berechnungsgrundlage für die Rückvergütung bilden, seien nicht mehr zu erkennen⁶⁹⁾.

Auch nach der Meinung der Rechtsprechung besteht keine unmittelbare Beziehung zwischen Einzelumsatz und Rückvergütung. Der RFH⁷⁰⁾ hat zu der Frage, ob Rückvergütungen als Nachlässe auf die Preise einzelner Bezüge des Rückvergütungszeitraumes anzusehen seien; ausgeführt:

"Der Warenrückvergütung fehlt die unmittelbare Beziehung zum Käuferlös Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den einzelnen Verkäufen und den gewährten Rückvergütungen ist daher nicht gegeben."

68) Dem § 5 RabG liegt die Annahme zugrunde, daß die Rückvergütung wie ein Preisnachlaß wirken kann, BAUMBACH-HEFERMEHL, § 5 RabG.

69) SCHUBERT, aaO.

70) RFH v. 28.4.1942 I 114/41 RStB1 1942, 674, 675 (Nr. 502).

Der BGH⁷¹⁾ hat entschieden:

"Abzulehnen ist aber jedenfalls die nur vereinzelt vertretene Auffassung, die genossenschaftliche Rückvergütung sei als Preisnachlaß anzusehen, denn sie knüpft nicht an das einzelne Umsatzgeschäft zwischen Genossenschaft und Genossen an;".

In einer kartellrechtlichen Entscheidung vom 12. März 1975 hat der BGH nochmals betont, daß die Rückvergütungen nicht auf den Preis des einzelnen Umsatzgeschäftes bezogen werden können⁷²⁾. Dieser Meinung haben sich das Bundeskartellamt und das Kammergericht angeschlossen⁷³⁾.

2.2.4.3 Beitragsrückgewähr von Versicherungsgesellschaften

Versicherungsnehmer kaufen durch regelmäßige Zahlung einzelner Prämien an Versicherungsgesellschaften das Anrecht auf Zahlung eines

71) BGH v. 9.10.1963 I bZr 50/62, NJW 64, 352, 355, mit zustimmender Anmerkung von SCHUBERT; die Folge war, daß auch auf preisgebundene Waren Rückvergütungen gewährt werden konnten, ohne daß dadurch die Preisbindung verletzt und lückenhaft werden konnte, SCHUBERT aaO; a.A. PAUL, BB 58, 1229, 1230.

72) BGH ("Esslinger Wolle") WUW BGH 715, 724.

73) BKartA v. 22.12.1975, WUW 1605, 1608; KG Beschl. v. 20.10.76 - Kart 4/76, NJW 77, 392, 393.

Geldbetrages im Versicherungsfall. Die Gesellschaften zahlen, sofern das Geschäftsergebnis es zuläßt, nach Ablauf des Geschäftsjahres häufig einen als "Beitragsrückgewähr" bezeichneten Betrag an die Versicherten aus. Die Höhe der Auszahlung bestimmt sich dabei nach der Höhe der Prämien, die die Versicherungsnehmer im abgelaufenen Geschäftsjahr gezahlt haben.

Die "Rück"-vergütung ist nicht teilweise Rückgewähr einer - wie sich nachträglich herausstellt - anfänglich zu hoch bezifferten Prämie, sondern eine besondere Leistung des Versicherers⁷⁴⁾, die nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den einzelnen Prämien steht.

2.2.5 Stellungnahme

Bei näherem Hinsehen hat sich gezeigt, daß die Frage, ob der Bonus Teil einer eigenen Leistungsbeziehung oder Teil von Kaufverträgen ist, ganz unterschiedlich beurteilt wird. Im folgenden wird daher zu dieser Frage Stellung genommen.

2.2.5.1 Zu Literatur und Rechtsprechung im Steuerrecht, Kartell- und Rabattrecht

(1) Steuerrecht

Die Begründung, die der Reichsfinanzhof für seine Feststellung, die Bonuszahlung

74) WESTERMANN, aaO S. 22; MÖLLER, S. 59 ff; HOTH, § 1 Rdn. 39.

sei ein Preisnachlaß⁷⁵⁾ gibt, überzeugt nicht. Das Gericht beruft sich auf den Vertragswillen der Beteiligten und die wirtschaftliche Bedeutung der zwischen ihnen bestehenden geschäftlichen Beziehungen und argumentiert weiter mit dem "Wesen der Sache". Das Gericht präzisiert aber weder den Vertragswillen noch erklärt es, warum sich hier etwas Bestimmtes aus dem "Wesen der Sache" ergibt; der Begriff wird hier erkennbar als bloße Leerformel benutzt.

Der Bundesfinanzhof⁷⁶⁾ erklärt zwar, die Abgrenzung zwischen Bonus und Rabatt sei nicht eindeutig, schafft jedoch keine Abhilfe; die Ausführungen des BFH bleiben vielmehr widersprüchlich. Der Ansicht von Mörs⁷⁷⁾, die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Bonus und einzelnen Kaufverträgen sei durch die Entscheidung des BFH aus dem Jahre 1957⁷⁸⁾ dahingehend entschieden worden, daß ein derartiger Zusammenhang nicht besteht, kann daher nicht gefolgt werden. In der Entscheidung aus dem Jahre 1963⁷⁹⁾ bezeichnet der BFH den Bonus zwar einerseits als "Kaufpreisrückgewähr" - also als Bestandteil einzelner Kaufverträge und setzt damit Bonusleistung=Rabattleistung, stellt

75) vgl. oben bei Fußnote 31).

76) vgl. oben bei Fußnote 32), 33).

77) HUBERT-MÖRS, aaO S. 35.

78) vgl. oben bei Fußnote 32).

79) vgl. oben bei Fußnote 34).

andererseits fest, der Bonus sei "ein Entgelt des Lieferers für ein Verhalten des Kunden über einen längeren Zeitraum hin" und weist damit eindeutig auf eine Bonusleistung eigener Art hin.

Uecker⁸⁰⁾ argumentiert ebenso wie der Reichsfinanzhof mit der angeblich "zwingenden Natur der Sache" und dem "gleichgearteten Wesen" von Rabatt und Bonus. Diese Begründung überzeugt ebenso wenig wie die des Reichsfinanzhofes.

Die Ausführungen von Kellerbach⁸¹⁾ sind unklar und widersprüchlich.

Mörs⁸²⁾ hat zwar Recht, wenn er meint, daß der Händler im Rahmen seiner allgemeinen Kalkulation Bonusansprüche berücksichtige. Der vorsichtige Kaufmann wird aber tunlichst mögliche Bonusansprüche nicht bereits in den Einstandspreis einzelner Warenbestellungen einkalkulieren. Er kann ja nämlich zum Zeitpunkt des Abschlusses von Kaufverträgen im Bonuszeitraum jedenfalls solange nicht davon ausgehen, daß er einen Bonus erhalten wird, wie die Summe der Umsätze noch unterhalb der Bonusumsatzgrenze liegt. Auch würde der Händler natürlich nicht etwa schlechter absetzbare Produkte

80) vgl. oben bei Fußnote 35).

81) bgl. oben bei Fußnote 36).

82) vgl. oben bei Fußnote 37).

des Lieferanten Y den besser absetzbaren Produkten des Konkurrenten X nur deshalb vorziehen, weil Y einen höheren Bonus einräumt; Mörs übersieht offenbar, daß der Händler bei der Bestellung zunächst einmal Verbindlichkeiten in Höhe des Kaufpreises übernimmt und dies nur deshalb tut, weil er glaubt, die Ware weiter absetzen zu können.

Auch der zusätzliche Hinweis von Mörs, man könne sich vorstellen, der Kaufmann bestelle eine zusätzliche Lieferung, um damit die Bonusumsatzgrenze zu überspringen und einen Bonus zu erhalten, trifft zwar zu, daraus ergibt sich jedoch höchstens ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dieser einen Bestellung und dem Bonus, nicht aber ein Zusammenhang zwischen dem Bonus und allen vorher aufgegebenen Bestellungen.

Richtig ist deshalb die Feststellung von Ziegler⁸³⁾, der Händler berücksichtige den Bonus nicht bei der Berechnung der Handelsspanne für die einzelnen Artikel, sondern im Rahmen seiner Gesamtbetriebsabrechnung.

(2) Kartell- und Rabattrecht

In der kartellrechtlichen Literatur zum nichtkartellierten Bonus (Umsatzrabatt) und in der rabattrechtlichen Literatur

83) vgl. oben bei Fußnote 39, zustimmend HARTZ, aaO, Fußnote 40).

wird der Umsatzrabatt ohne nähere Begründung als Spielart des Mengenrabattes eingestuft. Gleichzeitig wird andererseits darauf hingewiesen, daß der Bonus wirtschaftlich eigene Ziele verfolge; diese Ziele werden aber nicht definiert. Eine Auseinandersetzung mit diesen Ansichten ist daher nicht möglich. Die eigene Stellungnahme ergibt sich aus den folgenden Ausführungen.

2.2.5.2 Eigener Standpunkt

(1) Bonusleistung als wirtschaftliche Leistung eigener Art

Man denke sich folgende Fälle:

- Der Händler H kauft von der A-AG Waren. Er hält gleichzeitig Aktien der A-AG im Betriebsvermögen und bezieht die Dividenden daraus.
- H vermietet der A-AG Räume zur Lagerung von Waren; dort lagert die A-AG die Waren auf eigene Kosten ein. Größere Posten dieser Waren kauft H regelmäßig selbst.
- H kauft Waren von der A-AG und holt sie im eigenen Kfz bei der A-AG ab; er stellt der A-AG die ihm entstehenden Beförderungskosten in Rechnung. Die Höhe der Kosten schwankt mit der Menge der abgeholten Waren - so benötigt H beim einen Mal nur ein Fahrzeug, bei einem anderen Mal zwei Fahrzeuge.

In allen Fällen schuldet H der A-AG einerseits den Warenkaufpreis. In allen Fällen erhält H. andererseits in zum Teil engem wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Warenerwerb, teilweise sogar der Höhe nach von Menge und damit Kaufpreissumme der Waren abhängig, eine Vergütung von der A-AG.

Dennoch wird die hM in keinem Fall die Beträge, die H von der A-AG erhält, als Minderung des Preises einzelner Warenkaufverträge ansehen. Vielmehr sind die Vergütungen selbständige wirtschaftliche Vorgänge und werden dementsprechend auch gesondert und nicht als Minderung der Anschaffungskosten in der Gewinn- und Verlustrechnung des H erfasst.

Anderes soll nun nach hM gelten, wenn der Händler nach Ablauf eines längeren Zeitraumes einen Betrag (Bonus) dafür erhält, daß er durch besondere Anstrengung bestimmte Umsatzgrenzen überspringen konnte. In diesem Fall soll der Betrag wirtschaftlich so eng mit einzelnen Kaufverträgen zusammenhängen, daß ungeachtet auch des zeitlichen Abstandes der Bonus als Kaufpreis- und Anschaffungskostenminderung behandelt wird. Dies, obwohl der Zusammenhang zwischen den einzelnen Lieferungen der späteren Zahlung im Gegensatz zu dem letzten der oben genannten Beispielsfälle völlig verwischt ist und die konkrete buchhalterische Zuordnung des Bonus zu den einzelnen Kaufverträgen, deren Bestandteil er sein soll, ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet⁸⁴⁾. Die unterschiedliche

84) vgl. unten bei Fußnote 172 ff.

Behandlung dieses Falles und insbesondere des Letztgenannten der obigen Beispielsfälle überzeugt nicht.

Vielmehr gilt folgendes:

(a) Zeitpunkt der Bonusleistung

Der Bonus wird erst am Ende des Bonuszeitraumes (in der Regel am Ende des Wirtschaftsjahres des Lieferanten) bezahlt. In der Wirtschaft werden normalerweise keine Vorleistungen erbracht; Leistungen werden vielmehr - wenn nicht Zug um Zug - so doch in zeitlichem Zusammenhang ausgetauscht. Es ist daher davon auszugehen, daß nach Ansicht der Vertragspartner die Bonusleistung nach Beendigung des Bonuszeitraumes abgeschlossen ist; erst zu diesem Zeitpunkt wird sie nämlich bezahlt.

(b) Zweck der Bonusleistung

- Subjektive Kriterien -

Dies Zeitmoment (Leistung am Ende eines Zeitraumes) läßt vermuten, daß die mit dem Bonus bezahlte Leistung offenbar jedenfalls dann über den Rahmen der einzelnen Bezüge (Kaufverträge) hinausgeht, also nicht nur die im Zusammenhang mit Abnahme und Vertrieb dieser einzelnen Bezüge wahrzunehmende Handels-

funktion betreffen kann, wenn der Bonus erst nach Abschluß einer Vielzahl einzelner Kaufverträge und nach Ablauf eines längeren Zeitraumes bezahlt wird. Die Bonusleistung wäre dann von den einzelnen Bezügen losgelöst, sie erstreckte sich über einen längeren Zeitraum. Sie bestünde nach Ansicht der Parteien offenbar in einem bestimmt-gearteten Verhalten des Bonusempfängers in diesem Zeitraum, das dem Lieferanten geldwerte Vorteile bringt.

Hier bietet sich als Parallele die Umschreibung des Leistungszweckes bei den zurückgestellten Rabatten in der Seeschifffahrt und den Treuerabatten an ⁸⁵⁾. Nach einhelliger Meinung verfolgt der Zahlende mit den Vergütungen langfristige und über den einzelnen Kaufvertrag hinausgehende Zielsetzungen, die deshalb nach überwiegender Meinung auch wirtschaftlich und rechtlich von den einzelnen Austauschverträgen zu sondern sind. Diese Zielsetzung wird mit verschiedenen Begriffen umschrieben; es ist von der langfristigen Sicherung der Beschäftigung und der Produktion bzw. der Aufrechterhaltung des Betriebes, von langfristiger Absatzausweitung und Absatzsicherung, von gleichmäßiger Kapazitätsauslastung der Produktions-einrichtungen, von gleichmäßig hohem

85) vgl. oben bei Fußnote 49 ff.

Arbeitsanfall und der hervorragenden Bedeutung gleichmäßiger Aufträge sowie der Gewährleistung der Sicherheit für eine kontinuierliche Auslastung die Rede⁸⁶⁾.

In diesen Umschreibungen wird versucht, zwei Dinge zu treffen: zum einen die optimale Nutzung von Kapital ("Kapazitäten", "Produktionseinrichtung") und Arbeit ("Beschäftigung"), zum anderen das Bemühen, dies auf lange Sicht, über einen längeren Zeitraum hinweg ("regelmäßig", "langfristig", "gleichmäßig", "kontinuierlich") sicherzustellen. Die erste Zielsetzung kann durchaus auch mit einem Rabatt bei Abwicklung einer konkreten Lieferung honoriert werden (Mengenrabatt für Rationalisierungsvorteile). Die Zeitbezogenheit (Periodenbezogenheit) der zweiten Zielsetzung kann dagegen nur dann verwirklicht werden, wenn sie eigens zum Element einer Leistung durch den Händler gemacht wird. Dies

86) SÖLTER, aaO 65/66/67; ISAY-TSCHIERSCHKY, Kartell VO 1925 S. 58; MÜLLER-GRIESS, § 3 Rdn. 10; RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 31; CHRISTL, aaO S. 995; BENISCH, Wettbewerbsregeln gegen Rabattdiskriminierung, GRUR 1976, 448; BGH v. 5.7.1973 - KVR 3/72 (Fernost-Schiffahrts-Konferenz) WuW BGH 1269, 1272.

[Faint bleed-through from the reverse side of the page]

一、认识：通过本课的学习，使学生了解我国是一个多民族国家，各民族在长期的历史发展中形成了各具特色的民族文化。各民族之间相互学习、相互借鉴，共同创造了灿烂的中华文化。

二、情感态度与价值观：培养学生尊重各民族文化的习惯，增强民族团结意识，树立中华民族共同体意识。

三、能力目标：培养学生观察、分析、综合的能力，能够从不同的角度去认识和评价民族文化。

四、教学重点：我国是一个多民族国家，各民族在长期的历史发展中形成了各具特色的民族文化。

五、教学难点：各民族之间相互学习、相互借鉴，共同创造了灿烂的中华文化。

六、教学方法：讲授法、讨论法、比较法等。

七、教学过程

(一)导入新课

播放《爱我中华》歌曲，引导学生思考：这首歌表达了什么主题？

(二)新课讲授

1. 我国的民族构成

我国是一个统一的多民族国家，共有56个民族。汉族人口最多，其他55个民族统称为少数民族。

2. 民族分布特点

汉族主要分布在东部和中部地区；少数民族主要分布在西部和边疆地区。各民族大杂居、小聚居、交错居住。

3. 民族政策

我国实行民族平等、团结、互助的方针，坚持和完善民族区域自治制度。

(三)课堂小结

本节课我们学习了我国的民族构成、分布特点和民族政策。我们要尊重各民族的文化，维护民族团结，共同建设美好家园。

(四)作业布置

1. 搜集资料，了解一个少数民族的风俗习惯。

2. 写一篇关于民族团结的短文。

此係在 1945 年 10 月 25 日，即中華民國三十四年十月二十五日，由蔣中正委員長在東京對日本投降後，於東京灣美海軍第一艦隊旗艦密蘇里號上，代表中華民國政府，與日本代表簽署投降書時，所發表的談話。此段談話，係在東京灣美海軍第一艦隊旗艦密蘇里號上，由蔣中正委員長代表中華民國政府，與日本代表簽署投降書時，所發表的談話。

bei der Vermeidung von kostenträchtigen Über- und Unterschreitungen der optimalen Betriebsauslastung.

Die wirtschaftliche Zielsetzung des Bonus läßt sich daher wie folgt zusammenfassen:

Der Bonus soll den Händler zu langfristig-kontinuierlicher Umsatzsteigerung veranlassen, da dies auf lange Sicht die Produktions- und Absatzplanung des Lieferanten erleichtert sowie die gleichmäßige Auslastung von Produktionsanlagen und Arbeitskraft fördert.

Der Bonus kann deshalb auch insbesondere nicht mit dem Mengenrabatt gleichgesetzt werden. Der Mengenrabatt ist typischer Funktionsrabatt⁸⁷⁾ und als solcher dazu bestimmt, wirtschaftliche Vorgänge (Kostenersparnis beim Lieferanten, Kostenerrhöhung beim Händler) bei der Abwicklung einzelner Liefervorgänge auszugleichen. Hierüber besteht Hingigkeit. Deshalb auch hat der Gesetzgeber in § 7 Rabattgesetz bei der Regelung des Mengenrabattes auf die "einzelne Lieferung" abgestellt. Mit Bonus und Rabatt werden, wie die nähere Untersuchung zeigt, keineswegs gleiche Ziele verfolgt:

87) vgl. oben 1.3 ff.

Einen Bonus erhält der Händler von dem Lieferanten dann, wenn er im Bonuszeitraum einen bestimmten Mindestumsatz durch einzelne Bestellungen erreicht hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob hierzu eine Vielzahl von Einzelbestellungen (die also dem Lieferanten keinerlei Rationalisierungsvorteile bringen) erforderlich war oder nicht. Der Händler erhält - sofern er die Mindestumsatzgrenze erreicht hat - einen ebenso hohen Bonus, wie ein anderer Händler, der die gleiche Umsatzsumme mit wenigen Einzelbestellungen oder gar einer einzigen großen Bestellung erreichte und damit dem Lieferanten mit großer Wahrscheinlichkeit Rationalisierungsvorteile gebracht hat. Im Gegenteil, Bonus und Mengenrabatt wirken sogar gegenläufig: So ist es denkbar, daß Händler A in folge der Minderung des Gesamtumsatzes durch Mengenrabatte den Mindestgesamtumsatz nicht erreicht, während Händler B, der in folge vieler kleiner Bestellungen nicht in den Genuß von Mengenrabatten kam, gerade deshalb den Mindestgesamtumsatz überspringt. Nicht immer wird dies Ergebnis durch entsprechende Vereinbarungen ausgeschlossen. Dann mindern also Mengenrabatte den Zuwachs der Umsatzziffer und damit die Bonuschance. Wenn die Bonusgrenze entsprechend hoch angesetzt ist, bietet es sich auch nicht unbedingt an,

den Mindestgesamtumsatzwert mit einer einzigen Bestellung zu erreichen. Dies wäre für den Händler nicht immer vorteilhaft, da er bei einer solchen überdurchschnittlich großen Einzelbestellung zwar sofort einen Mengenrabatt erhielte, den Bonus jedoch erst nach Abschluß des Bonuszeitraumes erhalten würde; bis dahin hätte er die zusätzlichen Kosten, die er bei der Abnahme großer Mengen in einer Bestellung aufwenden muß, vorzuschießen, falls diese Kosten nicht voll durch den Mengenrabatt ausgeglichen werden.

Es ergibt sich: Der Bonus ist ein betriebswirtschaftliches Instrument, das nicht auf möglichst wenige aber hohe Einzelumsätze, sondern auf regelmäßige Durchschnittsumsätze abzielt.

- Objektive Kriterien -

Damit ist bislang nur die vom Rabatt abweichende subjektive wirtschaftliche Zielrichtung des Bonus erfaßt. Bloß subjektive Kriterien sind jedoch für die Rechtsanwendung ein schwankender Boden. Daher ist es erforderlich, Kriterien zu finden, aus denen entnommen werden kann, ob eine nachträgliche Vergütung im konkreten Fall auf nachträgliche Preisreduzierung einer Einzellieferung (Rabatt) zielt oder Entgelt für die Bonusleistung sein soll. Hier lassen sich folgende Kriterien heranziehen:

- Die Höhe der Gesamtumsatzgrenze,
- die Länge des Bonuszeitraumes,
- Höhe und Durchstaffelung der Bonussätze, Höhe des Mengenrabattes pro Einzelbezug.

Aus dem Zusammenspiel dieser Kriterien im konkreten Fall kann entnommen werden, ob der Lieferant auf die Bonusleistung oder die Rabattleistung zielt.

Zu Gesamtumsatzgrenze und Bonuszeitraum:

Der Lieferant kann aus seiner Umsatzstatistik die Höhe eines Durchschnittseinzelumsatzes entnehmen und außerdem feststellen, in welchen Zeitabständen der Händler derartige Durchschnittseinzelumsätze ordert. Will der Lieferant weniger zu hohen Einzelumsätzen als zu hohen und regelmäßigen Bezügen anreizen, muß er zu erreichen suchen, daß die Händler ein Vielfaches (z.B. das 5-fache) der Durchschnittseinzelumsätze abnehmen und zwar in einem Zeitraum, der kürzer ist als der mit dem gleichen Faktor (5.) vervielfachte übliche Zeitraum zwischen zwei Durchschnittseinzelumsätzen.

Beispiel:

Der Durchschnittseinzelumsatz beträgt DM 1.000,--. Eine derartige Bestellung gibt der Durchschnittshändler in der Regel einmal pro Monat auf. Bestellt ein Händler bei einem Einzelbezug DM 2.000,--, so erhält er einen Mengenrabatt, der die Rationalisierungsvorteile des Lieferanten und die höheren Aufwendungen des Händlers berücksichtigt. Der Vorgang ändert sich im Prinzip wirtschaftlich nicht, wenn der Händler etwa im Januar für DM 6.000,-- und im Juli für DM 6.000,-- bestellt und hierfür jeweils noch einen Mengenrabatt erhält. Es liegt jedoch auf der Hand, daß derartige Bestellungen dem Lieferanten nicht nur Rationalisierungsvorteile, sondern erhebliche Kostennachteile bringen, da er für das Abfangen der Stoßgeschäfte höhere Kosten aufzuwenden hat (Aushilfskräfte etc.). Der Händler wird daher versuchen, den Lieferanten zu hohem, aber kontinuierlich-gleichmäßigem Bezug anzureizen. Er wird deshalb einen Bonus etwa dem Händler zahlen, der mehr als das 12-fache des monatlichen Durchschnittseinzelumsatzes in einem Kalenderjahr abnimmt. Zusammen mit der bonusungünstigen Wirkung der Mengenrabatte wirkt dies hin zu häufigerer Bestellung nicht so großer Mengen.

Wichtig ist hierbei auch, daß eine bestimmte Gesamtumsatzgrenze erreicht

werden muß. Wird dagegen eine Vergütung zwar nachträglich gewährt, ist sie jedoch bereits bei dem Bezug ziffernmäßig errechenbar, so handelt es sich nicht um eine Bonusleistung. Dies ist etwa dann der Fall, wenn nach Ablauf des Geschäftsjahres "5% auf sämtliche in dem Geschäftsjahr getätigten Umsätze" vergütet werden. Hier spielt zwar das Zeitmoment ebenfalls eine Rolle. Es handelt sich jedoch um eine bloße Fälligkeitsregelung, da der Händler von Anfang an auch bei der ersten Bestellung sicher sein kann, daß er die - bereits fest errechenbare - Vergütung erhält. Das Moment der Regelmäßigkeit und Kontinuierlichkeit spielt hier keine Rolle.

Nicht entscheidend ist für Fragen der Abgrenzung dagegen, ob an die Stelle der Gesamtumsatzgrenze (ausgedrückt in Währungseinheiten) eine Gesamtmengengrenze (ausgedrückt in Wareneinheiten) tritt. Auch hier kommt es nur darauf an, ob mit der Abrede die oben bezeichnete langfristige Zielsetzung verfolgt wird. Die objektiven Kriterien, die dies vermuten lassen, gelten unverändert.

Zur Höhe von Bonus und Mengenrabatt

Senkt der Lieferant außerdem den Men-

genrabatt pro Lieferung, bietet er hohe und durchgestaffelte Bonussätze, so tritt das Moment der Periodenbezogenheit gegenüber dem Ausgleich von Rationalisierungsvorteilen bei Einzelbezügen noch mehr in den Vordergrund.

(c) Leistungshandlung und Leistungsbe-
messung

Schwierigkeiten bereitet - wie bei dem Rabatt⁸⁸⁾ die exakte Bemessung der Bonusleistung. Die Schwierigkeiten sind hier noch größer als bei der Rabattleistung, weil die Bonusleistung eine Gesamtbetriebsleistung über einen längeren Zeitraum ist, die konkret und als Einzelvorgang noch weniger zu fassen ist, als die Rabattleistung. Könnte man die Rabattleistung bei dem einzelnen Kauf noch etwa durch direkte Erfassung der Kostenstellen, die mit der konkreten Abwicklung des Weitervertriebes befaßt sind, (z.B. Lagerpersonal) und anteilige Aufteilung der indirekten Kosten (z.B. Buchhaltung, Kreditkosten usw.) quantifizieren, so ist dies bei der Bonusleistung kaum möglich. Der forcierte Absatz der Produkte

88) vgl. oben bei Fußnote 19).

des bonusgewährenden Lieferanten ist das Ergebnis einer allgemeinen und langfristigen Konzentration der Gesamtaktivität des Handelsbetriebes durch eine Vielzahl von im einzelnen nicht qualifizierbaren Einzelaktivitäten. Dazu gehören etwa besondere Herausstellung der Produkte dieses Lieferanten in der Allgemeinwerbung des Händlers (Schaufenster, Zeitungsannoncen), besondere Konzentration auf dessen Produkte in Verkaufsgesprächen, bevorzugte Abfertigung (schneller Service, kurze Lieferzeit durch umfangreiche Lagerhaltung).

Diese Aktivitäten sind nicht jede für sich, sondern nur in ihrer Gesamtwirkung faßbar und quantifizierbar. Meßbar wird die Wirkung anhand der Größen Umsatz/Zeiteinheit, den beiden charakteristischen Elementen der Bonusleistung. Wie im Falle des Rabattes schätzen die Beteiligten im übrigen die Kosten, die dem Händler durch die besondere allgemeine Zuwendung entstehen einerseits und die Vorteile, die dem Lieferanten erwachsen andererseits und runden dann zu Prozentsätzen ab. Sie orientieren sich jedoch weniger als beim Rabatt an Kostengesichtspunkten, sondern mehr an der Durchschnittsvertriebsleistung der Masse der Händler und legen von hier aus die Leistungs-

werte fest.

Ebenso wenig wie bei dem Rabatt spricht auch hier die bloße Berechnungs- und Wertermittlungsschwierigkeit gegen die Existenz der Bonusleistung als solcher⁸⁹⁾.

- (2) Bewertung der bonusähnlichen Sachverhalte und Folgerungen für die rechtliche Einordnung des Bonus

Schließlich wird die These, wonach die Bonuszahlung nicht Bestandteil der einzelnen Kaufverträge im Bonuszeitraum und scharf vom Rabatt zu unterscheiden ist, auch durch die Beurteilung der übrigen wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalte (genossenschaftliche Rückvergütung, Beitragsrückvergütung von Versicherungsgesellschaften) gestützt⁹⁰⁾. Hier ist anerkannt, daß die nachträglichen Ausschüttungen nicht Bestandteil früherer Umsatzgeschäfte sind, sondern auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen. Mag also auch die Rückvergütung wirtschaftlich wie ein Preisnachlaß wirken (dies ist der Grund für die Regelung der Rückvergütung in § 5 des Rabattgesetzes), so ist sie doch weder wirtschaftlich noch rechtlich Bestandteil dieser einzelnen Kaufverträge. Vielmehr ist davon auszugehen, daß eine Umsatzvergütung, die der

89) vgl. oben bei Fußnote 19).

90) vgl. oben 2.2.4.2 und 2.2.4.3.

Lieferant aus angesammelten Gewinnen nachträglich ausgeschüttet, nicht anders zu behandeln ist, als die nachträgliche Ausschüttung des von der Genossenschaft erwirtschafteten Gewinns. Der nach Abschluß des Geschäftsjahres einer Genossenschaft den Genossen bezahlte Rückvergütungsbetrag ist nicht Bestandteil der mit dem Genossen abgeschlossenen Kaufverträge. Ebenso wenig ist der Bonus Bestandteil der mit den Nicht-Genossen abgeschlossenen Kaufverträge. Ein Grund für die unterschiedliche Behandlung dieser Tatbestände ist nicht ersichtlich.

Damit ergibt sich, daß die Bonusleistung eine gänzlich andere wirtschaftliche Zielsetzung als die Rabattleistung hat und auch zeitlich ganz losgelöst von der Rabattleistung und einzelnen Kaufverträgen geleistet wird. Der Bonus ist kein (Mengen-)Rabatt. Mit dem Bonus will der Lieferant vielmehr eine Leistung eigener Art durch den Händler erreichen.

Wirtschaftlich ist die Bonusleistung auch nicht Teil einzelner Kaufverträge im Bonuszeitraum, vielmehr werden gerade umgekehrt die einzelnen Kaufverträge von der Bonusleistungsbeziehung umgriffen: Die Kaufpreisziffern der einzelnen Kaufverträge gehen als bloße Rechenfaktoren in die Berechnung der Bonusleistung ein, nur insoweit sind sie Bestandteil der Bonusleistungsbeziehung.

Die bürgerlich-rechtliche Beurteilung muß daher - will sie nicht an der Realität vorbeigehen - diesen wirtschaftlichen Willen und diese wirtschaftliche Zielsetzung der Parteien beachten (§§ 133, 157 BGB §346 HGB). Für die bürgerlich-rechtliche Beurteilung zumindest ist daher davon auszugehen, daß der Bonusvertrag eine selbständig neben den einzelnen Kaufverträgen stehende Rechtsbeziehung ist.

Daß dieses Ergebnis richtig ist, ergibt sich auch daraus, daß die Einbeziehung des Bonus in die einzelnen Kaufverträge zu wirtschaftlich unbefriedigenden Ergebnissen führen würde:

Würde man die Bonusabrede etwa als Bestandteil der einzelnen Kaufverträge sehen, so hätte die Nichtigkeit der Bonusabrede auch die Nichtigkeit einzelner Kaufverträge zur Folge (§ 139 BGB⁹¹⁾. Ist nämlich der Bonusvertrag Teil einzelner Kaufverträge, so ist er angesichts der in Rede stehenden Beträge mit Sicherheit auch wesentlicher Teil dieser Kaufverträge. Dies Ergebnis könnte nur über gesuchte rechtliche Konstruktionen (Angleichung an die Regelung von Nichtigkeitsfolgen in Dauerschuldverhältnissen) umgangen werden.

91) So in der Tat konsequenterweise DECKINGER, aaO, Ziffer V 3.

Weiter stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Lieferant in der unzutreffenden Annahme, der Händler habe die Umsatzgrenze überschritten, einen Bonus bezahlt hat. Sollen, wenn sich der Irrtum herausstellt, die einzelnen Kaufverträge im Bonuszeitraum Rechtsgrund für die vertragswidrige Bezahlung sein und eine Rückforderung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) ausschließen?

Soll der Händler Rechte hinsichtlich einzelner Kaufverträge (z.B. § 326 BGB) haben, wenn der Lieferant seine fällige Bonusverpflichtung nicht erfüllt?

Führt die nachträgliche Stornierung eines einzelnen Kaufvertrages nach Gewährung eines Bonus dazu, daß ein Teilbetrag aus dem Bonus zurückgezahlt werden muß, obwohl der Gesamtumsatz durch die Stornierung nicht unter die Bonusumsatzgrenze sank?

Es liegt auf der Hand, daß die Antwort, die die hM auf diese und andere Fragen bei konsequenter Durchführung ihres Standpunktes geben muß, wirtschaftlich unbefriedigend sind und zu Lösungen führen, die die Parteien nicht gewollt haben.

Der Interessenlage wird daher nur eine rechtliche Konstruktion gerecht, die die Bonusabrede nicht als Bestandteil

in die Kaufverträge hineinzwängt, sondern in der Abrede eine selbständige Vereinbarung sieht, die nur in bestimmten Hinsichten an Teile der Kaufverträge (Kaufpreissummen) anknüpft.

(3) Der wirtschaftliche Sachverhalt als Grundlage für die rechtliche Beurteilung

Rechtlich zu beurteilen ist folgender Sachverhalt:

Ein Warenlieferant zahlt seinem Abnehmer nach Ablauf eines Zeitraumes eine Vergütung, sofern der Abnehmer in dem Zeitraum Waren zu einem Mindestgesamtkaufpreis (Gesamtumsatz) von ihm gekauft hat. Der Gesamtumsatz ist um ein bestimmtes Vielfaches höher als durchschnittliche Einzelumsätze; der Zeitraum ist kürzer als der um das gleiche Vielfache verlängerte Zeitraum, in dem durchschnittliche Einzelumsätze erfolgen (vgl. oben 2.2.5.2 (b)).

III.

EINORDNUNG DES BONUS IM BÜRGERLICHEN RECHT

Der Bonusgewährung liegt eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien zugrunde, die neben den einzelnen Kaufverträgen steht, also rechtlich selbständig zu beurteilen ist.

Im folgenden soll zunächst geprüft werden, wie die Bonusvereinbarung im Bürgerlichen Recht zu beurteilen ist, wie sie zustande kommt und welche besonderen bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Fragen zu beachten sind.

1. Rechtsgeschäft oder Gefälligkeitsverhältnis?

Gegenstand der Vereinbarung über die Zahlung eines Bonus ist die Erfüllung einer Geldverpflichtung. Die Bonusbeträge können bis zu 10 % des Umsatzes der beteiligten Partner ausmachen, haben demnach erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Es handelt sich deshalb um Abreden im rechtsgeschäftlichen Bereich⁹²⁾.

2. Inhalt der Vereinbarung

Der wesentliche Inhalt der Vereinbarung findet sich oben unter Ziffer II. 2.2.5.5.

92) BGH v. 22.6.56, I ZR 198/54, BGHZ 21, 102 ff., 107; FIKENTSCHER, Schuldrecht § 7 Ziff. 3 "Unterschied zu Gefälligkeitsverhältnissen".

Häufig werden weitere zusätzliche Vereinbarungen getroffen und Voraussetzungen für die Bonuszahlung festgelegt: so wird etwa vereinbart, daß es nicht genügt, wenn Kaufverträge im Bonuszeitraum abgeschlossen werden, deren Gesamtumsatzsumme die Bonusumsatzgrenze erreicht, sondern daß darüberhinaus alle Verpflichtungen aus den Verträgen erfüllt sein müssen (insbesondere die Waren abgenommen und der Kaufpreis bezahlt sein muß); es kann ausdrücklich vereinbart werden, daß nachträgliche Stornierungen (etwa Kaufpreisminderung, §§ 459 ff BGB) umsatz- und bonusmindernd wirken. Es kann vereinbart werden, daß der Bonus nur bezahlt wird, wenn die Geschäftsbeziehung auch nach Ablauf des Bonuszeitraumes noch eine bestimmte Mindestzeit andauert und neuerlich ein bestimmter Gesamtumsatz erreicht wird. Häufig werden Einzelheiten zu Fälligkeit, Abtretbarkeit, Aufrechenbarkeit, Erlöschen der Ansprüche im Falle des Konkurses einer Partei oder beider Parteien vereinbart. Schließlich kann ausdrücklich vereinbart werden, daß auf die Zahlung des Bonus ein Rechtsanspruch besteht, sofern die Voraussetzungen vorliegen; möglich ist auch eine Vereinbarung, wonach die Bonuszahlung trotz Vorliegens aller Voraussetzungen in das freie Ermessen des Lieferanten gestellt bleibt. Die Parteien sind hier - soweit nicht etwa das Kartellrecht Grenzen setzt⁹³⁾ - in ihren Vereinbarungen grundsätzlich frei⁹⁴⁾.

93) Vgl. unten Ziffer IV 3.2.

94) Zu Gestaltungsformen vgl. etwa UECKER, aaO S. 395

3. Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung

3.1 Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung, die einen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumt.

Haben die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart, so hat der Händler dann nach Ablauf des Bonuszeitraumes einen einklagbaren Anspruch auf Zahlung des Bonus, wenn alle vereinbarten Voraussetzungen vorliegen.

Da die Vereinbarung zweiseitig getroffen wird, aber nur den Lieferanten zur Zahlung des Bonus verpflichtet, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, nicht dagegen den Händler zur Schaffung der Bonusvoraussetzungen verpflichtet, handelt es sich um ein zweiseitig begründetes, aber nur einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft, einen Vertrag. Der Vertrag wird im folgenden Bonusvertrag genannt. Es ist kurz zu prüfen, ob der Bonusvertrag unter eines der im BGB geregelten typischen Schuldverhältnisse eingeordnet werden kann.

3.1.1 Auslobung, §§ 657 ff BGB

Die Auslobung ist das Öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges⁹⁵⁾. Auf die Auslobung deutet die Formulierung des beschwerdeführenden Finanzantes in dem vom Reichsfinanzhof am 26.4.1921 entschiedenen Fall⁹⁶⁾, wonach der Bonus

95) ERMANN-HAUSS, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1972

96) Vgl. oben bei Fußnote 31

".... als Belohnung gewährt wird, und zwar aufgrund eines besonderen Rechtsgeschäftes, durch das der Bestand der vorausgegangenen Lieferungsgeschäfte auch hinsichtlich der Preisbindung nicht berührt wird". Der Bonus ist jedoch keine Belohnung iSd §§ 657 ff. Es fehlt bereits das Erfordernis der "öffentlichen Bekanntmachung"⁹⁷⁾. Außerdem scheitert die Anwendung der §§ 657 ff daran, daß die Auslobung ein eindeutig begründetes Schuldverhältnis ist. Der Bonusvertrag dagegen ist zweiseitig begründet. Da die einseitige Begründung der Auslobung ihr wesentliches Kennzeichen ist, können die §§ 657 ff BGB auch nicht entsprechend auf den Bonusvertrag angewandt werden.

97) Das ist der entscheidende Unterschied zu den "zurückgestellten Rabatten" der Seeschiffahrtkartelle. Sie offerierten ihre Bedingungen und Rabatte "durch Rundschreiben an alle möglicherweise in Betracht kommenden Exporteure", vgl. REINBECK, Zurückgestellte Rabatte der Schiffahrtsverbände, LZ, 1925, 183. Nur deshalb konnten Reinbeck aaO S. 190 und das OLG Hamburg vom 14.1.25, Kartell-Rundschau 1925, 214, 222/223 zu dem Ergebnis kommen, es handele sich hier um eine Auslobung. Das OLG führt aus: "Die Rabattzusage ist nach ihrer rechtlichen Natur als eine neben den einzelnen Frachtverträgen und selbständig von ihnen erfolgte - einseitige - Auslobung der Beklagten iSd § 657 BGB anzusehen. Die §§ 659 ff BGB sind, da die Auslobung für eine unbestimmte Zahl von Fällen gelten soll, unanwendbar. Die Belohnung ist ein Rabatt von 5% bzw. 10, die Handlung Herbeiführung eines Erfolges: Konferenztreue der Gläubiger".

3.1.2 Auftrag (§§ 662 ff. BGB)

Das Auftragsverhältnis ist ein zweiseitig begründetes Schuldverhältnis. Das Auftragsverhältnis kann auch als nur einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis erscheinen, wenn etwa den Auftraggeber nur nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflichten treffen, etwa die Pflicht zum Aufwundungersatz, § 670 BGB. Danach kämen vom Vertragstypus her die §§ 662 ff. BGB grundsätzlich in Betracht. Auch die §§ 662 ff. BGB scheiden jedoch aus. "Beauftragter" i.S. des Gesetzes kann der Händler nicht sein, da er keine Verpflichtung zur Erbringung der Bonusleistung übernimmt. Verpflichtet ist vielmehr allein - sofern die vereinbarten Voraussetzungen vorliegen - der Lieferant. Er ist aber nicht "Beauftragter", jedenfalls wäre eine solche Betrachtungsweise arg gekünstelt, da seine Pflicht sich ja darauf beschränkt, Geld zu zahlen, falls der Händler bestimmte Voraussetzungen geschaffen hat. Auch analog können wegen der gänzlich anderen Interessenlage die §§ 662 ff. BGB nicht angewandt werden.

3.1.3 Entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB)

Die Tatsache, daß es sich hier um einen gegenseitigen Vertrag handelt, stört zunächst nicht, da auch die entgeltliche Geschäftsbesorgung grundsätzlich einseitig verpflichtend sein kann (vgl. §§ 612, 632 BGB).

3.1.4 Schenkungsversprechen (§ 516 ff. BGB)

Das Schenkungsversprechen ist ein zweiseitig begründetes aber nur einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis. Es hat jedoch die unentgeltliche Zuwendung einer Leistung zum Inhalt. Dies ist bei dem Bonusvertrag nicht der Fall. Der Händler erhält den Bonus allein deshalb, weil er dafür eine Leistung erbracht hat.

3.1.5 Spiel, Wette (§ 562 ff. BGB)

Der Bonusvertrag hat kein aleatorisches und damit kein Spiel-Element⁹⁸⁾. Der Bonusvertrag hat auch nicht die Frage zum Gegenstand, ob eine von mehreren Behauptungen richtig ist⁹⁹⁾. Die §§ 762 ff. BGB sind daher weder direkt noch analog anwendbar.

3.1.6 Bedingter und befristeter Vertrag sui generis (§§ 158 ff, 305 BGB).

Der Anspruch auf Zahlung des Bonus soll nach dem Willen der Parteien nicht entstehen, solange die Voraussetzungen dafür noch nicht vorliegen, insbesondere die Umsatzgrenze noch nicht überschritten ist. Der Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen, insbesondere Überschreiten des vereinbarten Gesamtumsatzes, ist daher aufschiebende Bedingung (§ 158 Absatz 1 BGB).

98) PALANDT-THOMAS, § 762 Anm. 1 a.

99) PALANDT-THOMAS, § 762 Anm. 1 b.

Nach der vertraglichen Abrede soll der Lieferant außerdem zur Zahlung nicht vor Ablauf des Bonuszeitraumes verpflichtet sein. Der Ablauf des Bonuszeitraumes kann daher "Anfangstermin" i.S. des § 163 BGB sein, wenn "die Wirkung des Rechtsgeschäftes" (§ 163 BGB) erst mit Eintritt des Termins eintreten soll. Es fragt sich indes, ob die Parteien mit der Abrede nicht statt dessen eine bloße Fälligkeitsregelung treffen wollen. Die Vereinbarung der Parteien würde dann so zu verstehen sein, daß der Rechtsanspruch auf Zahlung des Bonus mit Eintritt der Bedingungen im Bonuszeitraum entsteht, jedoch bis zum Ablauf des Bonuszeitraumes gestundet ist (sog. betagte Verbindlichkeit¹⁰⁰). In diesem Fall hätte der Bonusberechtigte vom Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung ab eine stärkere Rechtsstellung. Dies entspricht dem wirtschaftlichen Vorgang. Vor Eintritt der Bedingung hat der Berechtigte eine gemäß §§ 160, 162 BGB geschützte Rechtsposition, jedoch noch keinen eigentlichen Anspruch auf Zahlung. Wenn er mit Eintritt der Bedingungen seine wirtschaftliche Leistung (Bonusleistung) erbracht hat, trennt nur noch der bloße Zeitablauf von der Möglichkeit, Zahlung verlangen zu können; dies Recht kann ihm unter keinen Umständen mehr genommen werden. Diese Rechtsposition nach Bedingungseintritt und vor Ablauf des Bonuszeitraumes ist

100) PALANDT-HEINRICHS, Anm. 5 Einführung vor § 158.

so stark, daß die Annahme, der Anspruch würde erst mit Ablauf des Bonuszeitraumes entstehen (§ 163 BGB) und bis dahin nur gemäß § 160, 162 BGB geschützt sein, dem nicht Rechnung trägt. Mit Bedingungseintritt entsteht daher der (betagte) Anspruch¹⁰¹).

Haben die Beteiligten gestaffelte Umsatzziffern vereinbart, bei deren Überschreiten jeweils ein zusätzlicher Bonusanspruch entsteht, so kann nach Überschreiten etwa der ersten Umsatzziffer insoweit bereits eine betagte Verbindlichkeit, im übrigen gleichzeitig eine gemäß §§ 158 Absatz 1, 160, 162 BGB geschützte Rechtsstellung vorliegen.

- 3.2 Besondere Probleme bei Bonusvereinbarungen, die einen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumen.
- 3.2.1 Die Rechtsstellung des Berechtigten vor Bedingungseintritt.
- 3.2.1.1 §§ 160, 161, 162 BGB, Anwartschaft?

Vor Überschreiten der Gesamtumsatzgrenze ist der Händler aufschiebend bedingt berechtigt (§§ 158, Absatz 1 BGB). Es liegt allein in seiner Hand, ob der Bonusanspruch entstehen wird oder nicht. Mit Überschreiten der Umsatzgrenze tritt die

101) Zur rechtlichen Verknüpfung zwischen Kaufverträgen und Bonusvertrag (gemischter Vertrag?) vgl. unten Ziffer 3.6.

Bedingung ein, damit entsteht der (be-
tagte) Zahlungsanspruch.

Bis zum Eintritt der Bedingung ist der Berechtigte zunächst nach § 160 Absatz 1 BGB geschützt. Die Vorschrift ist jedoch eher auf solche "von der Bedingung abhängigen Rechte" zugeschnitten, aus denen sich Ansprüche auf Leistung bestimmter Sachen ergeben. Dann darf der bedingt Verpflichtete die bedingt geschuldete Sache nicht durch schuldhaftes Handeln oder Unterlassen zerstören, beschädigen oder sonst irgendwie in ihrem Wert mindern¹⁰²⁾. Geht der Anspruch dagegen - wie hier - auf eine Geldleistung, so ist § 160 Absatz 1 BGB allenfalls dann anwendbar, wenn sich der Verpflichtete etwa schuldhaft selbst außerstande setzt, den Anspruch zu erfüllen. Der wiederum auf Leistung von Geld gerichtete Schadenersatzanspruch des § 160 wird dann jedoch auch nicht helfen.

§ 161 BGB betrifft Fälle, in denen über einen Gegenstand unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt wurde und der Berechtigte danach eine weitere Verfügung über den Gegenstand trifft.

Inhalt des Bonusvertrages ist jedoch nicht eine aufschiebend bedingte Verfügung über einen Gegenstand, sondern

102) STAUDINGER-COING, § 160 Anm. 3

die aufschiebend bedingte Entstehung einer Forderung. § 161 BGB ist daher nicht anwendbar.

Geschützt wird der Berechtigte dagegen durch § 162 Absatz 1 BGB. Diese Vorschrift hat auch erhebliche praktische Bedeutung für den Bonusvertrag. Nach § 162 BGB sind alle Fälle zu entscheiden, in denen das Verhalten des Lieferanten ursächlich oder mitursächlich für den Nichteintritt der Bedingung ist. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Lieferant einen Auftrag des Händlers nicht ausführen will oder nicht ausführen kann. Es ist weiter dann der Fall, wenn ausgeführte Umsätze aus Gründen, die in der Sphäre des Lieferanten liegen, rückabgewickelt werden müssen (etwa wegen Fehlerhaftigkeit der gelieferten Gegenstände). Erforderlich ist jedoch, daß der Lieferant den Eintritt der Bedingung "wider Treu und Glauben verhindert". Hier ist im Einzelfall abzuwägen, ob dem Lieferanten die unterbliebene Umsatzerhöhung anzulasten ist oder nicht. Hierbei kommt es nicht auf ein Verschulden im technischen Sinne an, es genügt vielmehr, wenn das Verhalten bei rein objektiver Betrachtung als treuwidrig einzustufen ist, weil es aus einem objektiv zu mißbilligendem Beweggrunde geschieht und gegen den Sinn des Ver-

trages verstößt¹⁰³⁾. So kann dem Lieferanten angelastet werden, wenn er nicht liefern kann, weil er selber fehldisponiert hat, nicht dagegen, wenn sein Betrieb etwa wegen Streik stillliegt. Angelastet werden kann ihm, daß er nicht liefern will, weil er etwa vorzieht, einen Konkurrenten des Händlers zu beliefern, nicht dagegen, wenn er deshalb nicht liefern will, weil der Händler nicht Zug um Zug bezahlen kann, sondern Kreditlieferung begehrt.

Dies bereits so geschützte Forderungsrecht kann als Anwartschaftsrecht bezeichnet werden. Darin kommt zum Ausdruck, daß die geschilderte Rechtsstellung bereits Gegenstand von Verfügungsgeschäften und Vollstreckungsmaßnahmen sein kann und vererblich ist¹⁰⁴⁾.

3.2.1.2

Andere Fragen

Hat der Lieferant vor Eintritt der vereinbarten Bedingungen irrtümlicherweise bereits einen Bonus gezahlt, so kann er ihn nach § 812 Absatz 1 Satz 1 (Leistungskondiktion) zurückverlangen. Hierfür spielt es keine Rolle, ob etwa die einzelnen bereits abgeschlossenen Kaufverträge, deren Kaufpreisgesamtsomme noch nicht zur Überschreitung

103) STAUDINGER-COING, § 162 Rdn. 2

104) STAUDINGER-COING, Vorbemerkung vor § 158, Rdn. 21

der Bonusstufe geführt hat, fehlerfrei bestehen. Rechtsgrund für die Bonusgewährung sind nicht die einzelnen Kaufverträge, sondern allein der Bonusvertrag. Dies ergibt sich daraus, daß Bonusleistung, Bonuszahlung und Bonusvertrag nicht Teil der einzelnen Kaufverträge im Bonuszeitraum sind.

Im Falle des Konkurses des berechtigten Händlers vor Eintritt der Bedingung gilt folgendes: bedingte und bedachte Rechte des Gemeinschuldners gehören schon vor Eintritt der Bedingung oder des Fälligkeitstermines zu seinem Vermögen und damit zur Konkursmasse; der Konkursverwalter kann das bedingte Recht verwerten¹⁰⁵⁾. Aufschiebend bedingte Forderungen gegen die Konkursmasse gehören zur Passivmasse, sie sind Konkursforderungen, aber sie berechtigen nur zu einer Sicherung (§ 67 KO; über ihre Berücksichtigung bei einer Abschlagsverteilung und bei der Schlußverteilung vgl. § 154, 168 Ziffer 2 KO¹⁰⁶⁾.

Der Händler kann vor Eintritt der Bedingungen über die künftige Forderung durch Abtretung verfügen, ein gut-

105) STAUDINGER-COING, Vorbemerkung vor § 158, BGB Rdn. 24;
MENTZEL-KUHN, KO, 8. Aufl. 1975,
§ 1 Anm. 101.

106) STAUDINGER-COING, aaO

gläubiger Erwerb der später nicht entstehenden Forderung ist jedoch nur im Rahmen des § 405 BGB möglich.

3.2.2

Die Rechtsstellung des Berechtigten zwischen Bedingungseintritt und Fälligkeit des Anspruchs

Mit Bedingungseintritt (Überschreiten der Gesamtumsatzgrenze im Bonuszeitraum) entsteht der Bonusanspruch¹⁰⁷⁾, wird also aus der Anwartschaft ein Vollrecht. Allerdings kann der Anspruch erst nach Ablauf des Bonuszeitraumes durchgesetzt werden, da er - soweit nicht weitere und zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzungen vereinbart wurden - frühestens mit Ablauf dieses Zeitraumes fällig wird¹⁰⁸⁾ (weitere Fälligkeitsvoraussetzung kann etwa Erteilung einer Abrechnung durch den Lieferanten sein, die dieser aber im Zweifel sofort nach Ablauf des Bonuszeitraumes, § 271 BGB, zu erteilen hat).

Bis zur Fälligkeit gelten die allgemeinen Regeln für betagte Verbindlichkeiten. Hat etwa der Lieferant die betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht ver-

107) Vgl. oben bei Fußnote 100 ff.

108) Vgl. oben bei Fußnote 100 ff.

langt werden (§ 813 Absatz 2 BGB). Betagte Ansprüche, die bereits vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Händlers rechtlich begründet waren, fallen in die Konkursmasse; der Konkursverwalter kann den Anspruch jedoch erst bei Fälligkeit geltend machen, da § 65 KO hier entsprechend anwendbar ist¹⁰⁹⁾. Der Anspruch ist abtretbar und pfändbar.

3.2.3

Sonderfrage: Bonus- und Handelsvertreterprovision

Falls der Händler von einem Handelsvertreter, der für den Lieferanten arbeitet, betreut wird, so ist dessen Provision "von dem Entgelt zu berechnen, das der Dritte oder der Unternehmer zu leisten hat; Nachlässe bei Barzahlung sind nicht abzuziehen; ..." (§ 87 b Absatz 2 HGB).

Fraglich ist, ob ein nachträglich gewährter Bonus auch die Handelsvertreterprovision kürzt.

Nach h.M. mindern nicht nur Barzahlungsnachlässe, sondern auch andere vorher festgelegte oder ad hoc vereinbarte Nachlässe (Rabatte) den Preis¹¹⁰⁾. Dies soll auch für den Jahresumsatzbonus gelten¹¹¹⁾. Danach würde der Bonus von

109) MENTZEL-KUHN, KO, 8. Aufl. 1975
§ 1 Anm. 101

110) BAUMBACH-DUDEN § 87 b HGB Anm. 3 C;
ZELLER-SPÄTH, S. 175

111) BAUMBACH-DUDEN aaO

dem Gesamtumsatzwert, der der Provisionsrechnung zugrunde gelegt wird, abgesetzt, würde also die Provision mindern.

Folgt man dagegen der hier vertretenen Auffassung, wonach der Bonus mit dem Preis der einzelnen Warenlieferungen nichts zu tun hat, insbesondere nicht Bestandteil des Preises dieser Verträge ist, so kann der Bonus die Berechnungsgrundlage für die Handelsprovision nicht kürzen¹¹²⁾. Allerdings ist der Bonusumsatz als solcher auch nicht provisionsfähig, da die provisionspflichtige Vertreterleistung nur die Warenumsatzgeschäfte betrifft.

3.3

Rechtliche Einordnung der Bonusvereinbarung, die keinen Rechtsanspruch auf Zahlung einräumt.

Die Parteien können auch zusätzlich verabreden, daß der Händler zwar nach Überschreitung einer bestimmten Umsatzgrenze Aussicht auf Zahlung eines Bonus haben soll, der Lieferant aber frei und nach eigenem Ermessen entscheidet, ob der Bonus bezahlt wird oder nicht.

Dies ist etwa gewollt, wenn die Vereinbarung vorsieht, daß der Bonus nur dann gezahlt wird, wenn die allgemeine

112) Im Ergebnis - wenn auch ohne Begründung - ebenso ZELLER-SPÄTH, aaO

Geschäftslage dies nach Ansicht des Lieferanten gestattet. Derartige unverbindliche Abreden kommen jedoch selten vor.

3.3.1 Rechtsgeschäft oder Gefälligkeitsabrede?

Auch diese Bonusabrede ist aus den oben¹¹³⁾ genannten Gründen nicht bloße Gefälligkeitsabrede, sondern Rechtsgeschäft.

3.3.2 Rechtliche Einordnung der Abrede

Keine Partei übernimmt eine Verpflichtung. Weder ist der Händler verpflichtet, eine Bonusleistung zu erbringen, noch ist der Lieferant verpflichtet, einen Bonus zu bezahlen.

Die Abrede ist daher kein - etwa durch die zusätzliche Bedingung positiver Entscheidung durch den Lieferanten aufschiebend bedingtes - Schuldverhältnis; eine solche Konstruktion wäre gekünstelt.

Die Abrede ist vielmehr bloße Rechtsgrundabrede, schließt daher Rückforderungsansprüche des Lieferanten aus, falls ihn die Bonuszahlung später reut. Rechtsgrund der Leistung im Sinne des Bereicherungsrechtes ist nämlich auch schon die (außervertragliche) sittliche Pflicht¹¹⁴⁾ oder eine "Verpflichtung,

113) Vgl. oben bei Fußnote 92

114) PALANDT-THOMAS § 812, Anm. 6 A

der ein Kaufmann aus seinen geschäftlichen Verpflichtungen heraus nachkommt, ohne daß ein Anspruch besteht, der vor den Gerichten mit Erfolg geltend gemacht werden könnte¹¹⁵⁾».

Da die Abrede bloße Rechtsgrundabrede und nicht (mehrfach) bedingtes Rechtsgeschäft ist, gelten die §§ 160 ff. BGB nicht. Gekünstelt wäre auch die Annahme, die Parteien wollten etwa eine schuldrechtliche Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt, falls später tatsächlich eine Zahlung erfolgt (§ 159 BGB). Solange nicht gezahlt ist, hat der Händler also nur eine bloße tatsächliche Aussicht auf die Zahlung, ohne daß sich diese Aussicht schon rechtlich verfestigt hätte, also etwa mit dem Begriff der Anwartschaft bezeichnet werden könnte.

Die bloße Rechtsgrundabrede begründet keine zukünftigen Rechte, derartige Rechte können also auch vor der Zahlung nicht abgetreten oder gepfändet werden. Im Konkurs des Händlers befindet sich demnach auch kein Anspruch in der Konkursmasse.

Entscheidet sich der Lieferant später für die Bezahlung eines Bonus und unterrichtet er den Händler davon, so

115) BFH v. 29.5.1956 I 224/55 U BStBl 56 III 212;
BFH v. 20.9.1956 IB 607/54 U BStBl 56 III 349
351.

wird hierin in der Regel eine rechtlich bindende Verpflichtung liegen (Schuldversprechen, § 780 BGB), für die dann die üblichen Grundsätze gelten.

3.4 Zustandekommen des Bonusvertrages bzw. der Bonus-Rechtsgrundabrede

Bonusvertrag wie Rechtsgrundabrede können auf verschiedene Weise vereinbart werden.

3.4.1 Bonusregelung in AGB des Lieferanten

3.4.1.1. Zustandekommen des Bonusvertrages
Der Lieferant kann in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln, ob und unter welchen Voraussetzungen er einen Bonus bezahlt. In diesen Fällen ist das Gesetz zur Regelung des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (BGBl. I 3317) zu beachten. Danach (§ 2 AGBG) werden Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen nur unter bestimmten Voraussetzungen Inhalt von konkreten Einzelverträgen. Folgt man der Ansicht¹¹⁶⁾, daß der Bonus nicht Bestandteil einzelner Kaufverträge, sondern Teil eines wirtschaftlich und rechtlich selbständigen Schuldverhältnisses, des Bonusvertrages ist, so differiert die Interessenlage hinsichtlich des Inhalts der AGB, die Eingang in jeden einzelnen Kaufvertrag

116) Vgl. oben bei Fußnote 91.

finden sollen und dem Inhalt der AGB, die nur den Bonusvertrag betreffen. Der Bonusvertrag soll nur einmal geschlossen werden. Zukünftige weitere Einzelkaufverträge spielen für ihn nur insoweit eine Rolle, als die Kaufpreisziffern Rechefaktoren bei Errechnung der Bonusleistung sind¹¹⁷⁾. Dessen ungeachtet ist auch die Aufnahme von Bestimmungen über den Bonus in AGB selber eine Allgemeine Geschäftsbedingung, da die AGB ja jedenfalls für alle Geschäfte mit den verschiedenen Händlern, denen sie vorgelegt werden, gelten sollen. Sie sind insofern "für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert" (§ 1 Absatz 1 AGBG). Es ist daher davon auszugehen, daß Regelungen in AGB über die Bezahlung eines Bonus gleichzeitig mit der Geltung der AGB für den ersten Einzelvertrag Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung, dem Bonusvertrag, werden.

3.4.1.2 Inhaltskontrolle des Bonusvertrages

Eine Inhaltskontrolle ist nur im Rahmen der §§ 8 ff AGBG zulässig. Unzulässig ist eine Inhaltskontrolle des wirtschaftlichen Kerns eines Vertrages (Leistung und Gegenleistung, soweit sie in der sog. "Leistungsbeschreibung"¹¹⁸⁾ zusammengefaßt sind. Zu diesem Kern gehört

117) Vgl. oben bei Fußnoten 88, 91.

118) Vgl. ULMER/BRANDNER/HEMSEN, § 2 Rdn. 6; DITTMANN/STAHL, Rdn. 260 ff., sehr kurz: LOEWE/GRAF v. WESTPHALEN/TRINKNER, 1977, § 8 Rdn. 14.

auch die Preisfestsetzung. Sieht man daher im Bonus einen Preisbestandteil einzelner Kaufverträge, so unterliegt der Bonus der Inhaltskontrolle nicht. Zu diesem Ergebnis müßte konsequenterweise die hM kommen. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so ändert sich dies Ergebnis nicht. Eine Inhaltskontrolle scheidet dann deshalb aus, weil die Festsetzung der Bonushöhe zwar nicht Teil der Leistungsbeschreibung der Kaufverträge, wohl aber Leistungsbeschreibung des Bonusvertrages selber ist. Auch die Festsetzung der Gesamtumsatzgrenze und die Fixierung des Bonuszeitraumes unterliegen nicht der Inhaltskontrolle des Bonusvertrages, da sie ebenfalls Leistungsbeschreibung (der Bonusleistung) sind, anders dagegen Bestimmungen über Abtretbarkeit, Pfändbarkeit, Erlöschen im Falle des Konkurses, Stundung, Verfall usw.¹¹⁹⁾.

119) Soweit ersichtlich, ist das Problem des Bonus in der Literatur zum AGBG nicht behandelt und zwar weder unter der Fragestellung, ob es sich etwa um einen Bestandteil der Leistungsbeschreibung einzelner Kaufverträge handelt, noch mit der Fragestellung, ob es sich hier um ein selbständiges Entgelt aus einem eigenen Vertrag, also insoweit um eine Leistungsbeschreibung handelt. Aufschlußreich ist die Formulierung bei DITTMANN/STAHL, aaO Rdn. 262, 263: "M i t g r o ß e r W a h r - s c h e i n l i c h k e i t / H e r - v o r h e b u n g v o m V e r f a s s e r / w e r d e n

3.4.2

Vereinbarung auf andere Weise

Häufig wird der Lieferant Bonusregelungen nicht in seine allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, um nicht durch die Erwähnung in den AGB bereits faktisch an einer späteren Streichung des Bonus gehindert zu sein.

Dann kommt ein Bonusvertrag bzw. eine Bonusrechtsgrundabrede nur durch entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende (konkludente) Vereinbarung zwischen Lieferant und Händler zustande. Konkludent kommt die Abrede etwa dann zustande, wenn der Lieferant dem Händler, mit dem er eine Geschäftsverbindung aufnimmt, seine Bonusbedingungen übersendet oder durch seinen Vertreter überreichen läßt und der Händler danach bestellt. Die Initiative des Lieferanten oder seines Vertreters ist als Angebot auf Abschluß des Bonusvertrages (§§ 155 ff BGB), die Bestellung als konkludente Annahme

folgende Bestimmungen nicht zur Preisabrede gehören und der Inhaltskontrolle unterliegen: Regelungen über Zahlungsbedingungen, Fälligkeit, Skonto, Preisänderungen, Wertsicherungen, Liefertermin und -ort, Mengen-, Gewichts-, Maß-, Qualitätstoleranzen soweit sie nicht individuell vereinbart sind. Zur Preisabrede gehören dagegen Rabatte und - natürlich - alles was individuell vereinbart ist bezüglich des Preises ... Hier liegen noch ungelöste Probleme des Gesetzes".

auch dieses Vertragsangebotes (nicht nur eines Kaufvertragsangebotes) zu werten. Die Annahme des Angebotes auf Abschluß eines Bonusvertrages braucht nicht zuzugehen, da davon auszugehen ist, daß auf das Zugangserfordernis verzichtet wurde (§ 151 BGB).

Fraglich ist indessen, ob der Lieferant auch dann an den Händler einen Bonus zahlen muß, wenn er zwar mit vielen oder den meisten seiner übrigen Kunden inhaltlich gleiche Bonusvereinbarungen praktiziert, mit dem betreffenden Händler, der die üblichen Bonusvoraussetzungen erfüllt hat, über die Gewährung eines Bonus aber nie gesprochen hat.

Hier ist dennoch davon auszugehen, daß ohne Bonusvertrag ein Bonusanspruch nicht bestehen kann. Dem Händler kann also nur dann geholfen werden, wenn der Lieferant verpflichtet ist, mit ihm einen Bonusvertrag abzuschliessen (Kontrahierungszwang). Ein derartiger Anspruch kann sich aus §§ 26 Absatz 2 Satz 1 oder Satz 2 GWB ergeben¹²⁰⁾.

3.5

Aufhebung des Bonusvertrages bzw. der

120) Frankfurter Kommentar zum GWB Anm. 101 zu § 26 GWB alter Fassung, also vor Inkrafttreten des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB (Stand: Juli 1961);

Bonusrechtsgrundabrede

Verträge können, wenn sie nicht durch vereinbarten Zeitablauf oder den Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung enden, nur durch Aufhebungsvertrag beendet werden. Einseitig kann eine der Vertragsparteien den Vertrag nur dann beenden, wenn der Vertrag oder das Gesetz dieses Recht gewähren (z. B. §§ 325 Absatz 1, Satz 1, 326 Absatz 1 Satz 2, 459 ff, 467, 346 ff BGB). Häufig werden die Parteien ausdrücklich weder einen Endtermin (§ 163 BGB) oder den Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 BGB) für den Bonusvertrag vereinbart haben, noch geregelt haben wann und unter welchen Voraussetzungen der Bonusvertrag endet. Für die Parteien steht der einzelne Kaufvertrag im Vordergrund. Die Regelungslücke (Beendigung des Bonusvertrages?) ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Folgende Lösung dürfte interessengerecht sein: der Bonusvertrag endet nicht automatisch (Endtermin, § 163 BGB) mit Ablauf des laufenden oder des nächsten Bonuszeitraumes; es wäre gekünstelt, jeweils - bei weiterlaufender Geschäftsverbindung - den Neuabschluß eines Bonusvertrages zu den bisherigen Bedingungen am Beginn des folgenden Bonuszeitraumes zu konstruieren. Der Vertrag muß daher grundsätzlich durch Willenserklärungen entweder bei-

der Parteien gemeinsam (Aufhebungsvertrag) oder einer Partei einseitig aufgelöst werden. Die Beendigung durch einseitige Erklärung einer Partei ist jederzeit möglich und nicht an das Vorliegen besonderer Voraussetzungen gebunden. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß ein wichtiger Grund vorliegt. Der Vertrag kann aber immer erst zum Ende des laufenden Bonuszeitraumes beendet (gekündigt) werden und berührt die Rechtsposition des Händlers in dem Bonuszeitraum und den in dem Bonuszeitraum bereits erwachsenen oder erwachsenden Bonusanspruch nicht. In Krisensituationen kann allerdings der Anspruch bereits auch für die laufende Periode wegfallen; dies ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung nach § 162 BGB¹²¹⁾.

Wenn die Parteien nur eine bloße Bonusrechtsgrundabrede getroffen haben, ergeben sich keine Probleme, da für keine der Seiten hieraus Verpflichtungen entstehen. Die Rechtsgrundabrede wird dadurch obsolet, daß der Lieferant keinen Bonus bezahlt.

3.6 Rechtliche Verknüpfung zwischen Bonusvertrag und einzelnen Kaufverträgen im Bonuszeitraum

Es wurde bereits festgestellt¹²²⁾, daß der

121) Vgl. oben bei Fußnote 103.

122) Vgl. oben bei Fußnote 91.

Bonusvertrag nicht Bestandteil der im Bonuszeitraum abgeschlossenen einzelnen Kaufverträge ist, daß vielmehr umgekehrt die Kaufpreisziffern dieser Verträge als Additionsfaktoren bei der Errechnung der Bonusleistung (des Gesamtumsatzes im Bonuszeitraum) Bestandteil des Bonusvertrages sind.

Aus dieser Verknüpfung ergeben sich folgende Konsequenzen:

Als Kaufpreissummen, die als Einzelziffern in die Berechnung des Gesamtumsatzes im Bonuszeitraum eingehen, sind die jeweiligen Kaufpreise aus den einzelnen Kaufverträgen anzusetzen. Dabei sind Preisbestandteile¹²³⁾ zu berücksichtigen, Rabatte also etwa abzusetzen. Nicht dagegen ist der Bonus selber abzusetzen, da er ja nicht Bestandteil des Preises der einzelnen Kaufverträge ist¹²⁴⁾. In einigen Fällen wird allerdings die Minderung des Kaufpreises nicht gleichzeitig zur Minderung der Ziffer führen, die in die Gesamtumsatzrechnung einzusetzen ist. So mindert sich zwar im Einzelfall der Kaufpreis eventuell gemäß §§ 459 ff; 162 BGB kann jedoch die Berücksichtigung des Abzuges zu Lasten auch des Bonusanspruches sperren¹²⁵⁾. Auch die Frage, ob eventuell

123) Vgl. zu diesem Begriff RENTHE, gen. FINK, Gemeinschaftskommentar zum GWB, § 2 Rdn. 20 ff.; SPAETHE-ULMER-BRANDNER-HEMSEN § 8 Rdn. 7 ff.; DITTMANN-STAHl § 8 Rdn. 260 ff.

124) Vgl. dazu WESSEL, aaO oben Fußnote 42.

125) Vgl. zu § 162 BGB oben bei Fußnote 103, 91.

der Kaufpreis für eine Bestellung in die Bonusrechnung einzusetzen ist, deren Ausführung der Lieferant ohne zureichenden Grund ablehnt, ist nach § 162 BGB zu entscheiden.

Im übrigen spielt der Inhalt der einzelnen Kaufverträge für den Bonusvertrag keine Rolle. Der Bonusvertrag hat umgekehrt auf einzelne Kaufverträge keine Auswirkungen .

Ist etwa ein Kaufvertrag nichtig oder angefochten usw., so ist deshalb nicht etwa auch der Bonusvertrag nichtig (§ 139 BGB gilt nicht), ebenso umgekehrt. Die Verträge stehen zwar in gewisser wirtschaftlicher Abhängigkeit, sie sind aber nicht als einheitliches Ganzes gewollt¹²⁶⁾. Formerfordernisse

126) RGZ v. 25.6.1912 II 76/12, RGZ 79, 434, 439: "..... für die Entscheidung dieser Frage werden die mit den Willenserklärungen von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen und sonstigen Zwecke von erheblicher Bedeutung sein. Allein ungeachtet ihrer wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit und des gleichzeitigen Abschlusses steht es der Vertragsfreiheit der Parteien anheim, ob sie die mehreren Geschäfte rechtlich als selbständig behandeln wollen oder nicht. Der wirtschaftliche Zusammenhang und die Gleichzeitigkeit des Abschlusses der Geschäfte genügen für sich allein nicht, um ihre Einheitlichkeit i.S. des § 139 BGB zu bewirken".

einzelner Kaufverträge etwa gelten auch nicht für den Bonusvertrag.

Schließen die Parteien keine neuen Kaufverträge mehr, so findet der Bonusvertrag faktisch von selbst sein Ende. Andererseits kann der Bonusvertrag selbständig beendet werden¹²⁷⁾, ohne daß dies Auswirkungen auf die Möglichkeit des Abschlusses weiterer Kaufverträge hätte.

Diese Art von Verbindung zwischen verschiedenen Verträgen in einem Vertragsverhältnis kann weder als Vertragsverbindung noch als Vertragsmischung oder Vertragsvermengung bezeichnet werden¹²⁸⁾, es handelt sich um eine Verbindung, die unter keine der für die genannten Typen angeführten Kriterien paßt.

Die Verbindung zwischen Bonusvertrag und einzelnen Kaufverträgen hat jedoch gewisse dem Kontokorrent ähnliche Züge insoweit, als hier zwar nicht "beiderseitige Ansprüche und Leistungen" (§ 355 HGB), wohl

127) Vgl. oben bei Fußnote 91.

128) FIKENTSCHER, § 65; LARENZ, Schuldrecht § 34; PALANDT-PUTZO, Einführung vor § 535 Anm. 3; ENNECCERUS-LEHMANN, § 100.

aber Kaufpreissummen aus einzelnen Kaufverträgen so in eine Additionsrechnung eingestellt werden, daß sie ihre Selbständigkeit zumindest nach Abschluß und Anerkennung der Rechnung weitgehend verlieren. Die für das Kontokorrent geltenden Grundsätze können daher vorsichtig analog auf den Bonusvertrag angewandt werden.

IV.

EINORDNUNG DES BONUS IM WIRTSCHAFTSRECHT (RABATTGESETZ,
GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN) UND STEUERRECHT

Im Anschluß an die Aufhellung der wirtschaftlichen Bedeutung des Bonus und seiner bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Einordnung sollen den Bonus betreffende Regelungen im Wirtschafts- und Steuerrecht geprüft werden.

Unter Wirtschaftsrecht wird hier im Anschluß an Rinck¹²⁹⁾ das Recht der Wirtschaftslenkung verstanden (Zulassung zu Gewerbe und Beruf, die staatliche Lenkung von Produktion und Investitionen, die Bewirtschaftung von Waren und Leistungen, Subventionen, Preisüberwachung, Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen). Die wichtigsten Regelungen, die hier zu behandeln sind, sind das GWB und das RabG. Das Steuerrecht ist nicht Teil eines so verstandenen Wirtschaftsrechts; es ist - obwohl diese Tendenz immer mehr zunimmt - in erster Linie (noch) nicht Wirtschaftslenkungs-, sondern Wertabschöpfungsrecht.

Daß dennoch beide Gruppen von Regelungen zusammengefaßt dem Bürgerlichen Recht (oben III) gegenübergestellt werden, rechtfertigt sich aus zwei Gründen: zum einen sind beide Normgruppierungen (Wirtschaftsrecht und Steuerrecht) öffentliches Recht, damit (wenn schon nicht Lenkungs-, so doch) Ordnungsrecht (vgl. Androhung von Strafen und Ordnungswidrigkeiten). Zum zweiten kommt es bei der Anwendung beider Normgruppen nicht auf die

129) GERD RINCK, § 1 Rdn. 1.

bürgerlich-rechtliche Form, sondern insbesondere auf den wirtschaftlich beabsichtigten Zweck von Rechtshandlungen an (sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht bzw. Auslegung im Hinblick auf "Zwecke der Wirtschaftsgesetzgebung")¹³⁰⁾.

1. Rabattgesetz

Bei dem Verkauf an Letztverbraucher sind das Rabattgesetz und die Durchführungsverordnung zum Rabattgesetz¹³¹⁾ zu beachten. Wenn Letztverbraucher regelmäßig große Mengen von Waren abnehmen, kann die Gewährung eines Bonus in Betracht kommen. Fällt der Bonus unter eine der Vorschriften der §§ 2 ff Rabattgesetz oder 13 DVO Rabattgesetz, so sind bei der Gewährung des Bonus die dort vorgeschriebenen Beschränkungen zu beachten. Wenn der Letztverbraucher bei einzelnen Lieferungen bereits einen Barzahlungsrabatt und etwa einen Mengennachlaß erhalten hat, stellt sich die weitere Frage, ob der Bonus zusätzlich vergütet werden kann. Dies ist deshalb fraglich, weil § 10 Rabattgesetz die Gewährung von mehr als zwei Preisnachlässen im Sinne des Gesetzes untersagt. Verstöße können mit Geldbußen bis zu DM 10.000 belegt werden (§ 11 Abs. 2 RabG).

130) Vgl. TIPKE-KRUSE, § 1 Abs. 3 Steueranpassungsgesetz; v. RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar § 3 Rdn. 4.

131) Gesetz über Preisnachlässe (RabG) v. 25.11.1933, RGBl I S. 1011, zuletzt geändert mit Gesetz v. 2.3.1974, BGBl I 469; Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über Preisnachlässe (RabG) v. 21.2.1934 (RGBl I S. 120, zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung gewerberechtlicher und anderer Vorschriften v. 21.5.1976 BGBl I 1249.

1.1 Barzahlungsrabatt, § 2 RabG

Nach § 2 RabG dürfen Barzahlungsnachlässe nur in Höhe von 3% des Preises und nur dann gewährt werden, wenn der Preis unverzüglich bezahlt wird.

Der Bonus ist kein Barzahlungsrabatt. Seine Gewährung ist nicht davon abhängig, ob der Käufer bei einzelnen Lieferungen unverzüglich zahlt. Der Bonus ist außerdem von den einzelnen Kaufverträgen gänzlich losgelöst¹³²⁾.

1.2 Mengennachlaß, § 7 RabG

Eien Mengenrabatt im Sinne des § 7 kann nur dann gewährt werden, wenn größere Warenmengen in e i n e r Lieferung veräußert werden und der Nachlaß handelsüblich ist.

Damit stellt das Gesetz auf den bei Mengennachlässen wirtschaftlich entscheidenden Gesichtspunkt ab: der Mengennachlaß wird für Rationalisierungsvorteile vergütet, die der Lieferant bei Bestellung größerer Mengen in einer Lieferung hat¹³³⁾.

Der Bonus wird gerade nicht im Zusammenhang mit der Abwicklung einer Lieferung vergütet. Er wird erst nach einer Längeren Zeit bezahlt, in der in aller Regel eine Vielzahl von Lieferungen erfolgt ist. Im Gegenteil: oben¹³⁴⁾ wurde gezeigt, daß mit Mengenrabatt und Bonus nicht nur unterschiedliche, sondern gegenläufige Ziele verfolgt werden. Hätte der Gesetz-

132) Vgl. oben bei Fußnote 91.

133) SEDELMEIER, NJW 68, 579.

134) Vgl. II 2.2.5.2 (1) (b)

geber auch den Bonus als Mengennachlaß angesehen, so hätte er die klare einschränkende Formulierung ("in einer Lieferung") weglassen können. Dies insbesondere deshalb, weil mit der Regelung in § 5 des Rabattgesetzes ausdrücklich eine dem Bonus ähnliche Ausschüttung erfaßt worden ist. Es hätte deshalb - hätte man dies gewollt - nahe gelegen, den Bonus, wie die genossenschaftliche Rückvergütung besonders zu erwähnen.

1.3 Sondernachlässe, § 9 Rabattgesetz

Weitere Sondernachlässe dürfen nach § 9 nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gewährt werden. Sondernachlässe sind ebenfalls Preisnachlässe im Sinne des § 1 Abs. 2 Rabattgesetz. Der Bonus ist kein Preisnachlaß, da er nicht Bestandteil der Preisabrede einzelner Kaufverträge ist. Er ist daher auch nicht Sondernachlaß im Sinne des § 9 Rabattgesetz.

1.4 Treuvergütung, § 13 LV Rabattgesetz

Die Treuvergütung des § 13 DV Rabattgesetz hat gewisse Bonusmerkmale. Auch hier muß der Letztverbraucher erst eine bestimmte Anzahl von Wareneinheiten (mit Gutscheine) erworben haben, bevor er in den Genuß der Vergünstigung kommt; allerdings ist in der Regel nicht festgelegt, daß der Verbraucher die bestimmte Anzahl gesammelter Gutscheine innerhalb einer bestimmten Zeit erworben haben muß. Dennoch unterscheidet sich die Treuvergütung insofern wesentlich von den übrigen im Rabattgesetz erfaßten Tatbeständen, als hier - wie beim Bonus - das Merk-

mal der langfristigen Absatzpolitik, der Absatzsicherung mit ins Spiel kommt. Der Verbraucher wird durch die ausgesetzte Vergütung, die nur durch immer wiederholten Kauf erreicht werden kann, zum regelmässigen Bezug der Güter des vergütenden Lieferanten angereizt.

Die Tatsache, daß das Regelungssystem für Rabatte demnach ebenfalls klar zwischen auf einzelne Kaufverträge beschränkten Nachlässen und anderen "Nachlässen" unterscheidet, die der Erreichung langfristiger und über die einzelnen Kaufverträge hinausgehender Zielsetzungen dienen, bestätigt die Richtigkeit des oben gefundenen Ergebnisses: Die §§ 2 ff RabG regeln einen Nachlaß mit der für den Bonus typischen Periodenbezogenheit gerade nicht.

Der Bonus ist jedoch keine Treuvergütung i.S. des § 13 DV RabG, da die Treuvergütung nicht davon abhängt, daß der Letztverbraucher eine bestimmte Anzahl von Wareneinheiten in einer bestimmten Zeit erwirbt. Treuvergütung an den Letztverbraucher nach § 13 DV RabG und Bonusgewährung an den Handel laufen vielmehr nebeneinander her. Auch wird der Bonus nicht nur beim Vertrieb von Markenwaren der in § 13 DV RabG beschriebenen Art gewährt.

1.5 Verbot der Mehrfachrabattgewährung,
 § 10 RabG

Nach § 10 dürfen nur zwei Nachlässe i.S. des Rabattgesetzes gewährt werden, wenn bei einem Rechtsgeschäft i.S. des § 1 mehrere Preisnachlaßarten zusammentreffen. Preisnachlaßarten sind dabei nur die im Rabattgesetz aufgeführten Arten von Preisnachlässen. Zu diesen Nachlässen gehört - wie dargelegt - der Bonus nicht. Bei dem Verkauf an Letztverbraucher kann daher neben zwei der im Rabattgesetz geregelten Preisnachlaßarten zusätzlich ein Bonus gewährt werden. Hierbei ist jedoch darauf zu achten, daß es sich nicht um einen nachträglichen Mengennachlaß handelt¹³⁵⁾.

1.6 Analoge Anwendung?

Auch eine analoge Anwendung des § 10 oder einer der §§ 2-9 des RabG kommt nicht in Betracht. Zum einen sind die Tatbestände des RabG stark formalisiert¹³⁶⁾, zum anderen sind Verstöße gegen die Bestimmungen des RabG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu DM 10.000 bedroht (§§ 11 Abs. 1, Abs. 2 RabG). Der analogen Anwendung steht hier das strafrechtliche Analogiever-

135) Vgl. oben bei Fußnote 87.

136) BAUMBACH/HEFERMEHL, Anm. 10 vor § 1 RabG

bot entgegen¹³⁷⁾.

2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

2.1 § 16 GWB

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist der von Einzelunternehmen aufgrund eigener Rabattstaffel aufgestellte und gewährte Bonus (der kartellierte Bonus, sog. Gesamtumsatzrabatt, wird in Ziffer 2.3 gesondert behandelt).

Er kann insbesondere dann kartellrechtlich bedeutsam werden, wenn das Einzelunternehmen seinen Abnehmern Preisbindungen gemäß § 16 GWB auferlegt und im Rahmen dieser Bedingungen (sog. Erstvertrag) etwa vorschreibt, daß der Abnehmer seinen Abnehmern bei der Weiterveräußerung (sog. Zweitvertrag) keine Boni in Aussicht stellen darf.

137) BAUMBACH/HEFERMEHL, Anm. 10 vor § 1 RabG, ebenso BGH v. 17.12.1970 - KRB 1/70 (Teerfarben) WUVE BGH 1147, 1153: "... einer erweiternden Auslegung des Vertragsbegriffs ... steht ... zuletzt des auf Artikel 103 Abs. 2 GG fußende strafrechtliche Analogie-Verbot entgegen, das auch für Ordnungswidrigkeiten gilt ... Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit darf auch bei einem noch so dringenden rechtspolitischen Bedürfnis nicht im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie erweitert werden."

Nach § 16 GWB¹³⁸⁾ wäre eine derartige Bindung des Abnehmers nur dann möglich, wenn der Bonus Bestandteil der Preisabrede des Zweitvertrages wäre. Wäre der Bonus dagegen kein Preisbestandteil, so würde der Preisbinder über die Bindung von Preisen hinausgehen; damit käme die Aufhebung der Preisbindung wegen Mißbrauch (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 GWB) in Betracht¹³⁹⁾. Andererseits verursacht, wenn die Bonusbindung mißbräuchlich ist, ein Bonus also nicht Gegenstand der Bindung sein kann, die Bonusgewährung durch den Abnehmer in Zweitverträgen keine Lücke in dem Preisbindungssystem, das durch die Erstverträge begründet wird¹⁴⁰⁾. In der Literatur wird der Bonus - wie mehrfach ausgeführt - als Spielart des Mengenrabattes und damit als Bestandteil des Preises der einzelnen Kaufverträge eingestuft¹⁴¹⁾. Damit wäre der Bonus

138) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung v. 4.4.1974, BGBl I S. 869, zuletzt geändert durch Einführungsgesetz zur Abgabenordnung v. 14.12.1976, BGBl I 3341.

139) BKartA WuW 959, 963.

140) BGH v. 15.2.1962, WuW 617, 472, 475 (Agfa-Filme).

141) MÜLLER/SCHOLZ; NÖCKER, S. 48; SCHWARTZ im Gemeinschaftskommentar, § 16 Rdn. 64; LG Köln v.26.5.1976 - 24 O. (Kart) 4/76

preisbindungsfähig.

In einem Beschluß nahm das BKartA 1975 zu dieser Frage Stellung¹⁴²⁾. Ein Verlag hatte seine Händler durch eine Verpflichtung gebunden, die wie folgt lautete:

"Ich werde die Preisbindung auch nicht indirekt verletzen, ... auch nicht durch sonstige Umgehungsformen, wie z.B. die Beteiligung meiner Kunden (auch der gesellschaftsrechtlich mit mir verbundenen) an den Umsätzen bei mir."

Die Klausel sollte den Verlag vor Umgehung der Preisbindung durch umsatzbezogene Rückvergütung schützen. Das BKartA hat festgestellt:

"Soweit der Sammelrevers dem gebundenen Händler verbietet, seinen Kunden eine nach dem Umsatzanteil des einzelnen Kunden am Gesamtumsatz des Händlers berechnete Vergütung zu gewähren, ist Gegenstand des Verbotes nicht

(Anwaltsbücherdienst) WuW LG/AG 406. Hier handelt es sich jedoch nicht um einen Bonus, sondern um eine nachträgliche Rabattierung (vgl. zur Abgrenzung oben bei Fußnote 86); es war nämlich nachträgliche Ausschüttung eines bereits bei der einzelnen Bestellung in Ziffern errechenbaren Betrages auf sämtliche bezogene Lieferungen zugesagt, nicht dagegen war die Überschreitung einer bestimmten Umsatzmindestgrenze in einem Zeitraum erforderlich.

142) BKartA v.22.12.1975, WuW 1605, 1607/1608.

der Preiswettbewerb. Die u m s a t z -
b e z o g e n e G l o b a l v e r g ü -
t u n g i s t k e i n P r e i s b e -
s t a n d t e i l und damit weder recht-
lich noch wirtschaftlich ein Mittel zur
Umgehung des gebundenen Preises. Die in-
soweit ausgeschlossene Vergütung wird
losgelöst vom einzelnen Kaufgeschäft
gewährt, bei dem der Kunde den vom
preisbindenden Unternehmen festgesetz-
ten Kaufpreis an den Händler bezahlt.
Er hat lediglich die Aussicht nach Ab-
lauf eines bestimmten Zeitraumes von
dem Händler eine Vergütung aus dessen
Gesamterlös zu erhalten. Diese Ausschüt-
tung ist in der Regel davon abhängig,
daß der gebundene Händler im jeweiligen
Berechnungszeitraum überhaupt einen Ge-
winn erzielt hat. Da sich die Vergütung
nach Maßgabe des von dem Kunden inner-
halb eines bestimmten Zeitraumes er-
zielten Gesamtumsatzes und nicht nach
dem Umsatz aus dem einzelnen Kaufge-
schäft bemißt, wird sie auch unabhän-
gig davon gewährt, ob der Kunde im
Einzelfall Erzeugnisse mit einer aus-
reichenden Gewinnspanne für den Händ-
ler gekauft hat oder nicht. Entstehungs-
grund für eine derartige - hier durch
den Sammelrevers ausgeschlossene -
umsatzbezogene Globalvergütung ist
somit nicht das einzelne Kaufgeschäft.
Ihre Gewährung hat sich vielmehr ge-
genüber dem Kauf verselbständigt. Sie
beruht in der Regel auf mitglieder-
schaftsrechtlicher oder gesellschafts-
rechtlicher Grundlage oder wird ohne
rechtlichen Grund auf freiwilliger
Ebene gewährt. V o n d e m e i n -
z e l n e n K a u f g e s c h ä f t
l o s g e l ö s t i s t d i e u m s a t z b e -
z o g e n e G l o b a l v e r g ü t u n g d a m i t w e -
d e r r e c h t l i c h n o c h
w i r t s c h a f t l i c h e i n
a u f d e n P r e i s b e z o g e -
n e r N a c h l a s s ."

Dieser Beschluß wurde vom Kammergericht in-
zwischen teilweise aufgehoben¹⁴³⁾; soweit

143) KG v. 20.10.1976 - Kart 4/76, NJW 77, 392

aus den veröffentlichten Gründen ersichtlich, hat das Gericht die hier zitierten Ausführungen des Bundeskartellamtes jedoch **nicht** gerügt.

Dem BKartA ist zuzustimmen. Die Entscheidung sieht die Bonusabrede richtig als vom Kaufumsatz losgelöst. Die Bonusvereinbarung kann daher nicht Gegenstand der Preisbindung sein. Demnach kann auch durch derartige Boni die Lückenlosigkeit der Preisbindung nicht gefährdet werden¹⁴⁴⁾.

2.2 § 18 GWB

Der Bonus kann nicht mit einer Ausschließlichkeitsbindung gemäß § 18 GWB gekoppelt sein. Dies ist nur mit der intensiveren Erscheinungsform des Bonus, dem Treupflicht- oder auch Treulohnrabatt möglich. Der Bonus wird gerade nicht für ausschließlichen Bezug beim Bonusgewährenden bezahlt, sondern auch dann vergütet, wenn der Begünstigte während des Bonuszeitraumes auch bei Dritten bezogen hat.

2.3 Excurs: Das Gesamtumsatzrabattkartell

Bisher wurde der Umsatzrabatt (Bonus) behandelt, der von einem einzelnen Her-

144) BGH v. 5.7.1973 - KVR 3/72 (Fernost-Schiffahrtskonferenz) WuW BGH 1269.

steller aufgrund eigener Bonusstaffel Abnehmern gewährt wird. Dieser nicht kartellierte Bonus kann insbesondere für § 16 GWB bedeutsam werden.

Häufig werden jedoch Boni auch von Kartellen gewährt, insbesondere in der Form des sog. Gesamtumsatzrabattkartells (Bonuskartells). Sölter¹⁴⁵⁾ beschreibt die Funktionsweise eines solchen Kartells wie folgt:

-
- 145) SÖLTER, aaO. S. 67; vgl. zum GUR weiter die in den folgenden Fußnoten angegebenen Literatur, außerdem Dissertationen: FINGERHUT, Das Rabattkartell, Diss. Heidelberg 1970, HANSEN A., Die Konkretisierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Rabattkartelle, Diss. Kiel 1972; HOLLE D., Rabattkartelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1964; SCHMITT, K.-R., Die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit von Funktionsrabattkartellen, Diss. Regensburg 1970; SCHOSER, F., Das Rabattkartell in ordnungspolitischer Sicht, Diss. Köln 1959;
Aufsätze:
DERINGER, A., Bemerkungen zum kumulativen Gesamtumsatzrabattkartell, BB 58, 1187 ff.; DÜRRHAMMER-SEGELMANN, Das Gesamtumsatzrabattsystem in betriebswirtschaftlicher Sicht, BB 59, 893 ff. 921 ff.; FIRNKORN, J., Sind Gesamtumsatzrabattkartelle zulässig? Die Aussprache 66, 14; GABRIEL, J., Gesamtumsatzrabatte unter wirtschaftlichem Aspekt, WuW 59, 313 ff.; KRÖGER, H., Die Stellung der Außen-seiter im Gesamtumsatzrabattkartell, WuW 59, 339 ff.; MESTMÄCKER, Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ORDO Bd. 13, S. 233 ff.; ROWEDDER, H., Die Zulässigkeit von Gesamtumsatzrabattvereinbarungen nach dem GWB, WuW

"Der Gesamtumsatzrabatt (GUR) ist auf einer Zusammenrechnung aller Umsätze der an diesem Verfahren Beteiligten begründet. Sind z.B. die Hersteller A, B und C sowie die Händler I., II. und III. an einem derartigen Verfahren beteiligt, so gewährt der Hersteller A nicht einen Rabattsatz, der sich nach seinen eigenen Umsätzen mit I., II. oder III. richtet, sondern nach den Bezügen, die I., II. und III. (natürlich jeder für sich) von A, B und C zusammengenommen, bezogen haben. Die Gesamtbezüge der Händler werden periodenweise, etwa für ein Quartal, ein halbes Jahr oder (meistens) ein Jahr errechnet und zwar entweder von dem Wirtschaftsverband der Hersteller oder von einer unabhängigen Treuhandstelle."

Ein derartiges Kartell ist nach noch hM unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Die Diskussion über die Zulässigkeit ist jedoch nicht beendet, hat vielmehr in jüngster Zeit durch eine Entscheidung des BKartA und Erörterungen in der Literatur neuen Auftrieb erhalten:

59, 15 ff.; SCHEUFELE, H., über die Frage der Zulässigkeit von Funktionsrabattkartellen, WuW 58, 335 ff; SCHOSER, F., Die Stellung der Außenseiter im GUR-Kartell, WuW 60, 11 ff, 699 ff.; VÖLP, F., Gesamtumsatzrabatte WRP 58, 257 ff.

2.3.1

Zusammenfassung des Meinungsstandes

Schon vor dem Inkrafttreten des GWB wurde das Für und Wider abgewogen¹⁴⁶⁾. Nach Inkrafttreten des GWB, das in seinem § 3 die Kartellierung von Rabatten zulässt, wurden insbesondere zwei Fragen diskutiert:

- Werden GUR für eine echte Leistung im Sinne des § 3 Abs. 1 GWB bezahlt?
- Hat ein GUR wettbewerbswidrige Wirkungen, die nicht durch § 3 GWB gedeckt sind und seine Zulassung generell hindern? Werden insbesondere die Händler, die nur bei dem Kartell beziehen und andere Händler, die auch bei Außenseitern beziehen, ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt? Hat das Kartell eine diskriminierende Wirkung gegenüber Außenseitern, die evtl. durch Mitzählen der Außenseiterbezüge verhindert werden kann?

Zunächst wurde die Ansicht vertreten, die unterschiedliche Bonifizierung von Kunden sei mit §§ 26 Abs. 2, 3 Abs. 1 GWB nicht vereinbar¹⁴⁷⁾, das GUR beeinträchtige außerdem den Außenseiter unbillig, da der Abnehmer praktisch zu einer Bezugssperre gegenüber dem Außenseiter veranlaßt werde. Das GUR sei wie der Treurabatt eine - wenn auch mildere - Maßnahme des äußeren Organisationszwanges,

146) Die ausführliche Schrift von A. SÖLTER, Das Rabattkartell, stammt aus dem Jahr 1955.

147) BIEDENKOPF, BB 58, 757, 758; ebenso RASCH, WuW 59, 169.

es sei daher mit dem GWB nicht vereinbar¹⁴⁸⁾. Eine echte Leistung i.S. des § 3 GWB würden die Abnehmer nicht erbringen, da ihre Mitwirkung bei Maßnahmen des äußeren Organisationszwanges keine Leistung i.S. der Bestimmung sei. Das Kartell diene einzig der Aufrechterhaltung eines überhöhten Preisniveaus.

Die Vertreter dieser Ansicht gingen jedoch davon aus, daß Außenseiterumsätze bei der Errechnung des Gesamtumsatzes unberücksichtigt blieben¹⁴⁹⁾.

Mit Einspruchsbescheid vom 14.4.1959¹⁵⁰⁾ ließ das BKartA ein GUR zu und führte aus, die kartellierten Unternehmen könnten selbst weitgehend festlegen, was als Leistung i.S. des § 3 anzusehen sei, eine Leistung seien alle Umstände, von denen das Unternehmen eine Verbesserung seiner Absatzmöglichkeiten erwarte. Das Bundeskartellamt sah keine Diskriminierungs- oder Außenseiterproblematik, da das Kartell Bezüge der Abnehmer bei Außenseitern mit in die der Bonifizierung zugrunde zu legenden Umsätze einberechnete. Das BKartA meldete nur Bedenken gegen Kartelle ohne derartige Einbeziehungsklausel an.

148) BIEDENKOPF, RASCH, aaO

149) BIEDENKOPF, aaO 757, RASCH, aaO S. 173

150) BB 59, 430

Seit dieser Zulassung eines GUR hat das Bundeskartellamt in ständiger Praxis weitere GUR zugelassen¹⁵¹⁾.

Das Kammergericht folgte dieser Beurteilung erstmals mit Beschluß v. 15.12.1959¹⁵²⁾, insbesondere in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967¹⁵³⁾. Hier wurde ausgeführt, die Leistung des Abnehmers i.S. des § 3 GWB müsse zwar jedem einzelnen der kartellierten Lieferanten gegenüber erbracht werden; dies sei jedoch auch der Fall, die Leistung liege nämlich in der "Marktunterbringung" des Produktes als solchem; diese Leistung komme allen Kartellmitgliedern und auch den Außenseitern zugute.

151) Beschl. v. 14.11.1963, DB 1963, 1708; v. 26.6.1964, BB 64, 781; v. 25.4.1966, BB 66, 598; Ergänzung der Außenseiterklausel des Gesamtumsatzrabattkartells für Tapeten, vgl. Presseinformation des BKartA v. 1.11.1972, Bundesanzeiger Nr. 213 v. 11.11.1972.

152) KG v. 15.12.59 - 5 Kart V 3/59, BB 59, 308

153) Beschl. v. 17.7.1967 - Kart V 18/66 (Baukeramik II)

Da Außenseiterbezüge mitgerechnet würden, sei eine durch § 3 nicht mehr gedeckte wettbewerbswidrige Wirkung auf die Außenseiter nicht möglich. Die Rabattierung habe auch keine Sogwirkung im Hinblick auf den Substitutionswettbewerb, da der Käufer sich erst für das von dem Kartell und dessen Außenseitern vertriebene Produkt anstelle des Substitutsprodukts entscheide, und erst d a n n des Rabatts wegen dazu neigen würde, bei Kartellmitgliedern zu kaufen.

Gegenstimmen, die demgegenüber erklärten, eine durch Rabatt entgoltene Handelsleistung gäbe es überhaupt nicht, Rabatte seien vielmehr eine bloß technisch besondere Art der Berechnung des Warenpreises, der im übrigen jedoch allein vom Markt diktiert werde, Rabattkartelle befänden sich daher in Wirklichkeit "mit den Grundlagen und den Prinzipien marktlichen Wettbewerbs nicht in Übereinstimmung"¹⁵⁴⁾, blieben ebenso ohne Resonanz wie andere, die meinten, die Mitzählung der Außenseiterbezüge könnte unterbleiben, da sie vom GWB nicht gefordert werde¹⁵⁵⁾.

Man war nur darüber einig, daß im Einzelfall genau geprüft werden müsse, ob tat-

154) GUTENBERG, 552, ebenso DÜRRHAMMER, DB 63, 37.

155) GLEISS/HOOTZ, Gesamtumsatzrabattkartell und Außenseiter, NJW 65, 228.

sächlich eine Leistung vorläge¹⁵⁶⁾ und daß ein Rabattkartell jedenfalls dann mißbräuchlich sei, wenn es den letzten auf dem Markt noch vorhandenen Wettbewerb ausschließe¹⁵⁷⁾.

Bereits im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1970¹⁵⁸⁾ äußerte das Bundeskartellamt jedoch Bedenken gegen seine eigene Entscheidungspraxis. Wohl im Anschluß an die Erwägung des Kammergerichtes in der Entscheidung vom 17.7.1967 führte es aus, in Wirklichkeit würden durch die Rabattierung der Summe der Bezugsmengen eines Abnehmers bei allen Lieferanten nicht die Vorteile entgolten, die ein Abnehmer dem einzelnen Lieferanten bringe, weil sich Abnahmeleistung und Gegenleistung nicht entsprächen. Dies sei jedoch erforderlich. Das Amt meldete weitere Bedenken an, weil kleinere und mittlere Abnehmer benachteiligt würden und stellte fest, der "Rabatt" sei kein Leistungsentgelt, wenn er als Mittel "kollektiver Struktur- und Verdrängungspolitik" Substitutionsgütern gegenüber wirke. Auf diesen Gedanken aufbauend hat das Bundeskartellamt dann in einer neueren Entscheidung¹⁵⁹⁾ erstmals entschieden, daß

156) KG v. 15.12.1959, aaO.

157) BGH v. 24.10.1963 - KVR 3/62 (Fenster-glas IV) WUV BGH 588.

158) Zitiert bei DÖRINKEL, aaO (WUV 71, 779, 718).

159) BKartA v. 10.3.1976 (Palas) WUV 1616.

Gesamtumsatzrabatte das Tatbestandsmerkmal "echtes Leistungsentgelt" (§ 3 Abs. 1 GWB) nicht erfüllten, da das einzelne Kartellmitglied dem Abnehmer auch Umsatzleistungen, die dieser nur gegenüber Mitbewerbern des Kartellmitgliedes erbracht habe entgelten würde. Auch habe das Kartell die Wirkung unzulässiger kollektiver Struktur- und Verdrängungspolitik.

Es bleibt abzuwarten, ob das Bundeskartellamt mit dieser Änderung seiner Haltung durchdringt. Unterstützt wird sein Ergebnis jedenfalls auch durch neuere Untersuchungen in der Literatur¹⁶⁰⁾. Hier wird in den Vordergrund gestellt, daß Gesamtumsatzrabattkartelle meist auf Märkten anzutreffen seien, auf denen der Wettbewerb sowieso schon zu erstarren drohe, die Rabattbindung daher häufig bereits den letzten Wettbewerb ausschließe¹⁶¹⁾.

2.3.2

Stellungnahme

Vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht aus ist zwischen (Mengen-)Rabatten und Boni zu unterscheiden. Werden Leistungen entgolten, die der Abnehmer bei dem Weitervertrieb konkret übernommener Waren erbringt, so han-

160) KLEYENSTEUBER, S. 141 ff.

161) KLEYENSTEUBER, aaO, knüpft damit an "Fensterglas II" an.

delt es sich um Rabatte, wird dagegen das besondere langfristige allgemeine Engagement des Händler für den Lieferanten bezahlt, so handelt es sich um einen Bonus¹⁶²⁾. Der Bonus kann nur dann kartelliert werden, wenn er dennoch "Rabatt" gerade iSd § 3 Abs. 1 GWB ist.

Die Frage kann nur durch Auslegung des § 3 geklärt werden, da der Begriff nicht im Gesetz definiert ist.

Die bloße Wortauslegung hilft angesichts der normalen vieldeutigen Verwendung des Begriffes "Rabatt" nicht weiter.

Das Verhältnis der Bestimmungen zueinander (systematische Auslegung) stellt sich wie folgt dar: § 1 Absatz 1 GWB enthält ein generelles Kartellierungsverbot. § 2 Absatz 1 GWB nimmt einen bestimmten Regelungsbe- reich aus diesem Verbot aus. § 2 Absatz 2 Satz 2 stellt als Unterausnahme zu § 2 Absatz 1 Satz 1 das Verbot des § 1 für Prei- se und Preisbestandteile wieder her. § 3 schließlich macht hiervon nochmals wieder eine (Unter-) Ausnahme und erlaubt die Kartellierung bestimmter Preisbestandteile, nämlich der Rabatte.

Ein Rückblick auf frühere Gesetze und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift (histo-

162) vgl. oben bei Fußnote 87).

rische Auslegung) hilft nicht weiter. Dies gilt sowohl für frühere Gesetze, die sich mit Preisen, Preisbestandteilen und Rabatten befaßt haben, wie auch für die Materialien zur Entstehungsgeschichte des § 3 GWB¹⁶³⁾; aus ihnen ergibt sich jedoch immerhin, daß die Kartellierung von Rabatten entgegen der ursprünglichen Absicht erst nach heftigem

163) Vgl. GIESLER, S. 53 ff; SPAETHE, S. 131; BGH v. 24.10.1963 - KVR 3/62 (Fenster-
glas IV), WUW BGH 588, 592; vgl. die
Übersicht über die Regelungen der
KartVO v. 1923, der KartnotVO v. 26.7.
1930, die PreisstopVO v. 1936, die Preis-
bindungsVO v. 1940, die Kartellpreissen-
kungsAO v. 1942, die Richtlinien für
die Preisbildung bei öffentlichen Auf-
trägen v. 1938, zuletzt 1942 und die
Leitsätze für die Preisregelung aufgrund
der Selbstkosten bei Lieferung für den
öffentlichen Auftraggeber v. 21.11.1953
bei GIESLER, Konditionenkartelle und ihre
Abgrenzung zu Preisen und Preisbestand-
teilen, CARL-HEYMANNS-VERLAG KG, Köln.
1963 S. 69 ff und SPAETHE, Abgrenzung
zwischen Preisen, Preisbestandteilen
und Geschäftsbedingungen in Konditions-
kartellen, Dissertation Heidelberg
1962 S. 39 ff; STAUDINGER-WEBER, Einlei-
tung zu § 241 Fußnote 3 N 494; § 28 Ta-
baksteuergesetz v. 6.5.1953; GIESLER,
aaO S. 53 ff; SPAETHE, aaO 131; BGH v.
24.10.1963 - KVR 3/62 (Fensterglas IV),
WUW BGH 588, 592.

Tauziehen zugelassen wurde¹⁶⁴⁾. Folgt man der Ansicht, daß § 2 Satz 1 GWB gegenüber § 1 GWB deshalb weit auszulegen ist, weil das GWB ein Kompromiß zwischen Verbots- und Mißbrauchsprinzip ist¹⁶⁵⁾, so kann man jedoch mit dem gleichen Argument nicht nochmals die "nicht enge"¹⁶⁶⁾ Auslegung auch des § 3 begründen. Hierbei wird übersehen, daß § 3 sozusagen einer doppelt gestaffelten Verbotsnorm (§ 1 und § 2 Absatz 1 Satz) gegenübersteht.

Blickt man auf den Zweck des Gesetzes (teleologische Auslegung) so ist davon auszugehen, daß das Gesetz u.a. gerade Wettbewerbsbeschränkungen durch Absprache eindämmen soll. Rabatte sind Preisbestandteile. Kartelle für die Regelung von Preisen und Preisbestandteilen sind besonders gefährliche Wettbewerbsbeschränkungen; im Antitrustrecht der USA gilt hier die per se rule. Das Gesamtumsatzrabattkartell hat - im Gegensatz zu einem Kartell, daß etwa die Gewährung von Nachläßen im Sinne des RabG regelt - wesensmäßig wettbewerbsbeschränkende Wirkung und zielt auch hierauf ab. Das Gesamtumsatzrabattkartell ist nur eine milde Form des Treuerabattkartells, wie sich aus folgenden Ausführungen von Isay-Tschierschky (1925) ergibt¹⁶⁷⁾:

164) MÜLLER-GRIES-GIESLER, § 2 Rdn. 40; DÖRINKEL, aaO S. 782.

165) VON RENTHE-FINK, Gemeinschaftskommentar, § 2 Rdn. 4.

166) So aber VON RENTHE-FINK, § 3 Rdn. 4.

167) ISAY-TSCHIERSCHKY, aaO S. 52; vgl. auch Fußnoten 147, 148.

".....

Die einfache Umsatzvergütung auf die Kartellbezüge.
Ist sie an einen verhältnismäßig hohen Umsatz geknüpft und entsprechend hoch bemessen, insbesondere aber auch stark nach oben durchgestaffelt, so bedeutet sie einen häufig völlig ausreichenden Zwang auf die Kundschaft, ihren Bedarf, wenn auch nicht ausschließlich, so doch derart überwiegend bei den Kartellierten zu decken, daß jedenfalls ein Erweiterung der Außenseitermacht genügend behindert ist. Diese einfache, auch im freien Wettbewerb zur Fesselung der Kundschaft übliche Maßnahme, die in der Regel der Verband in übereinstimmenden Zirkularen durch die Mitglieder der Kundschaft vor Beginn des Geschäftsjahres mitteilt, erfolgt aber zumeist in der Form vertraglicher Vereinbarung als Treuerabatt. Hier wird die Vergütung von der in der Form eines Reverses zu leistenden Verpflichtung abhängig gestellt, im Laufe einer bestimmten Geschäftsperiode (meist ein Jahr) oder auch ohne jede zeitliche Grenze nur von den Kartellmitgliedern zu beziehen."

Gegenüber dem Substitutionsbewerb hilft auch die Mitzählung der Ausseiterbezüge nicht. Selbst gegenüber Außenseitern ergeben sich auch bei Mitzählung von deren Bezügen diskriminierende Wirkungen¹⁶⁸⁾.

Aus diesen Gründen ist insgesamt eine enge Auslegung des § 3 GWB angezeigt.

Unter "Rabatt" iSd § 3 GWB können daher nur solche Vergütungen verstanden werden, die Preisbestandteil sind, weil sie in unmittel-

168) Vgl. hierzu die Darlegungen von CHRISTL, aaO S. 999; neuerdings zu diesen Problemen KLEYENSTEUBER, 101 ff.

barem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem konkreten einzelnen Liefervorgang berücksichtigt und preismindernd bei der Kaufpreisfestsetzung angesetzt werden.

Der Bonus ist kein Preisnachlaß in diesem Sinne. Er ist vielmehr Leistungsentgelt für eine Leistung eigener Art, eine - und dieser Begriff ist weit auszulegen¹⁶⁹⁾ "gewerbliche Leistung" iSd § 1 GWB. Als Preis für diese Leistung kann der Bonus nicht kartelliert werden, da er dem Verbot des § 1 GWB unterliegt.

Bei dieser Auslegung kommt es auf die übrigen Fragen, die im Zusammenhang mit dem Gesamtumsatzrabattkartell und seiner Zulässigkeit diskutiert werden (echtes Leistungsentgelt etc.) nicht mehr an. Sie werden daher hier nicht behandelt.

Der hier vertretene Standpunkt entspricht im übrigen auch der - konsequent weitergedachten - Meinung des BKartA. Es hat zu § 16 GWB bereits ausgeführt, Boni seien keine Preisbestandteile und von einzelnen Kaufgeschäften losgelöst, damit weder rechtlich noch wirtschaftlich ein auf den Preis bezogener Nachlaß¹⁷⁰⁾. Allerdings ist das BKartA hier nicht konsequent. In einer Ent-

169) MÜLLER-HENNEBERG, Gemeinschaftskommentar, § 1 Rdn. 90; MÜLLER-GRIES, GIESLER, § 1 Rdn. 90.

170) BKartA v. 22.12.1975, WUV 1605, 1608, insoweit - soweit ersichtlich - bestätigt durch KG v. 20.10.76 - Kart 4/76, NJW 77, 392; vgl. Fußnoten 142, 143.

scheidung vom 17.3.1967 (Palas)¹⁷¹⁾ erklärt es nämlich (inkonsequenterweise) zu § 3 GWB, Gesamtumsatzrabatte hätten wie Rabatte Preischarakter, entsprechende kartellvertragliche Regelungen seien daher den Preisabreden gleichzustellen.

Der Begriff des Preises und des Preisbestandteiles kann jedoch in §§ 1 ff GWB kein anderer sein als in §§ 15 ff GWB.

Gesamtumsatzrabattkartelle (Bonuskartelle) sind daher unzulässig.

171) BKartA v. 10.3.1976 (Palas), WUV 1616, 1622.

3. Der Bonus in Buchführung und Bilanz

Händler sind in der Regel Kaufleute (§§ 1 bis 7 HGB). Sie sind daher gemäß § 38 HGB verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen ihre Handelsgeschäfte und die Lage ihres Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Dies gilt auch für die in Steuergesetzen neben §§ 38 ff HGB¹⁷²⁾ begründeten Buchführungspflichten¹⁷³⁾.

Die Handhabung der Verbuchung des Bonus durch die herrschende Meinung entspricht den Regeln ordnungsmäßiger Buchführung nicht, da der Bonus unzutreffenderweise als Minderung der Warenanschaffungskosten eingestuft wird. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so ist der Bonus als selbständig zu erfassendes Betriebsergebnis zu behandeln, das die Warenanschaffungskosten nicht mindert.

Dies hat zwar summenmäßig keine steuerlichen Auswirkungen, da der Bonus letztlich - auf die eine oder andere Weise verbucht - beim Bonusempfänger immer zur Verbesserung des Jahresertrages (Erhöhung des Kapitals), beim Lieferanten immer zur Erhöhung der Kosten und damit zur Minderung des Kapitals beiträgt. Allerdings verstößt die herrschende Meinung - wie zu zeigen ist - gegen verschiedene Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung.

172) SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, Einleitung vor § 38 HGB weist etwa hin auf § 148 ff AktG, 41 ff GmbH-Gesetz VO für Kreditinstitute v. 20.12.1967 usw.

173) vgl. TIPKE-KRUSE, AO, Rdn. 3 zu § 160 AO.

Auswirkungen hat die buchmäßige Zuordnung zu der Warenbewertung (beim Käufer) bzw. den Forderungen (beim Verkäufer) außerdem dann, wenn Waren oder Forderungen zu dem in der Buchführung ausgewiesenen Wert Gegenstand etwa bürgerlich-rechtlicher Geschäfte sind. Hier kann es entscheidend sein, ob bei der Bewertung des Warenbestandes ein Bonus wertmindernd angesetzt wurde oder nicht, ob (beim Lieferanten) Bonusverpflichtungen die Forderungen gegen Abnehmer mindern oder selbständig bilanzierte Verbindlichkeiten sind.

Dies vorausgeschickt, ist zur buchmäßigen Behandlung des Bonus folgendes zu sagen:

- 3.1 Die Erfassung eines Bonusvertrages, der einen Rechtsanspruch auf Bonusgewährung einräumt.
- 3.1.1 Einkommensteuerrecht
- 3.1.1.1 Verbuchung und Bilanzierung beim Käufer

Der Bonusanspruch kann frühestens dann buchhalterisch erfaßt werden, wenn er einen echten Vermögenswert darstellt. Vor diesem Zeitpunkt darf er handelsrechtlich nicht bilanziert werden, da im Interesse des Gläubigerschutzes verhindert werden muß, daß der Kaufmann sich durch zu frühzeitigen Ausweis noch nicht realisierter Gewinne reicher macht als er ist.

Aktiviert¹⁷⁴⁾ kann der Bonus also erst dann werden, wenn die Bonusumsatzgrenze überschritten ist, also nicht mehr nur eine Anwartschaft besteht, sondern bereits ein (betagter) Anspruch entstanden ist¹⁷⁵⁾.

Für die Verbuchung kommt es darauf an, ob man in dem Bonus einen nachträglichen Kaufpreinsnachlaß oder mit der hier vertretenen Meinung ein Entgelt für eine Leistung eigener Art sieht. Nach herrschender Meinung ist der Bonusanspruch auf einem Bestandskonto (etwa: Bonusforderungen an Lieferanten) und auf einem Gegenkonto zu verbuchen; das Gegenkonto ist ein Unterkonto des Wareneinkaufskontos. Dieses Unterkonto wird am Jahresende über das Wareneinkaufskonto abgeschlossen. Die Buchung führt per Saldo zur Verringerung des Anschaffungswertes der eingekauften Waren¹⁷⁶⁾. Bei der Saldierung mit dem

174) BFH v. 14.1.1960 IV 108/58 U, BStBl 60 III 137, 138.
BFH v. 13.3.1963 I 246/59, DB 63, 750, 751.
BFH v. 25.9.1956 I 103/55 U BStBl 56 III 349.
BFH v. 7.11.57 BStBl 58, 65, 67.
BFH v. 15.5.1963 I 69/62 U BStBl 63 III 503, 504.
vgl. dazu SCHNEIDER, Treueboni in der Bilanz, BB 64, 18 und alle Literatur oben bei Fußnote 37).

175) Die Bilanzierung von Anwartschaftsrechten ist eine vielschichtige Frage (geklärt weitgehend eigentlich nur für Leasing-Verträge); vgl. HERRMANN/HEUER, § 4 EStG Anm. 46 u "Option"; § 5 Anm. 57 "Ankaufsrecht".

176) BFH v. 7.11.1957, BStBl 58 III 65, 68;
UECKER, aaO S. 422; KELLERBACH, aaO S. 569.

Wareneinkaufskonto, also der Ermittlung des Warenrohgewinns, ergibt sich schließlich dadurch ein höherer Rohgewinn.

Auf diese Weise versucht die hM, den Bonus unmittelbar dem einzelnen Bezug im Bonuszeitraum als Kaufpreisminderung zuzuordnen. In Wirklichkeit gelingt dies jedoch nicht, es handelt sich nur um eine pauschale Zuordnung zu einer Gruppe von Vermögensgegenständen, nicht aber um die Zuordnung zu den Gegenständen, die tatsächlich - folgt man der herrschenden Meinung - betroffen sind. Die Zuordnung erfolgt in Bausch und Bogen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Einzelbewertung¹⁷⁷⁾. Der Kaufmann kann nicht unterscheiden, ob die Waren, denen er den Bonus zuordnet, auch die Waren sind, für die er (u.a.) den Bonus erhalten hat. Es mischen sich nicht nur Güter verschiedener Lieferanten, die teils einen Bonus gewähren, teils nicht. Wenn das Geschäftsjahr des Händlers und der Bonuszeitraum sich nicht decken, so wird die Zuordnung auch zeitlich in der Regel nicht korrekt sein: Angenommen der Bonuszeitraum dauert vom 31.3. des Jahres 1 bis zum 1.4. des Jahres 2 und angenommen, der Händler erhält einen Bonus, wenn er in dem Bonuszeitraum einen Gesamtumsatz von DM 100.000,-- überschritten hat, so stellt sich am 31.12. des Jahres 1 die Frage, wie zu verfahren ist, wenn zu diesem Zeitpunkt erst für DM 80.000,-- eingekauft worden ist. In diesem Fall kann ein Bonusanspruch noch nicht aktiviert werden. Überschreitet der Händler etwa

177) KELLERBACH, aaO S. 569; HARTZ, aaO S. 363.

am 1.2 des Jahres 2 die DM 100.000,-- -grenze, kann er den vollen Bonusanspruch aktivieren. Ebenso kann er mit einem weiteren vollen Bonusanspruch verfahren, wenn es ihm etwa bis zum 31.12. des Jahres 2 gelungen ist, die Bonusumsatzgrenze zu überschreiten. Nach hM müßte er beide Bonusbeträge als Minderung der Warenanschaffungskosten im Jahre 2 ansetzen. Die Zuordnung ist unzutreffend. Ebenso wäre es, wenn der Händler für die im Jahre 1 bezogenen Waren keinen Bonus erhalten hätte, hätte er am Ende des Jahres 2 jedoch bereits einen Bonus einbuchen können, weil er in diesem Jahre die Bonusumsatzgrenze bereits überschritten hat. Hat er am Jahresende des Jahres 2 noch Waren aus dem Jahre 1 auf Lager, so führt der im Jahre 2 gewährte Bonus zu einer "Preisreduzierung" auch hinsichtlich der Waren des Jahres 1, obwohl für das Jahr 1 ein Bonus überhaupt nicht eingeräumt wurde.

Die Lösung der herrschenden Meinung überzeugt daher nicht¹⁷⁸⁾. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so kommt man zu einer klaren Lösung: Der Bonus hat mit den Warenanschaffungskosten nichts zutun, er ist ein gesondertes positives Betriebsergebnis. Die Gegenbuchung zur Aktivierung des Bonus erfolgt daher auf einem selbständigen Erfolgskonto, nicht auf einem Unterkonto zum Wareneinkaufskonto. Das Erfolgskonto wird direkt über das Gewinn- und Verlustkonto abgeschlossen.

178) So auch ZIEGLER, aaO S. 582; HARTZ, aaO S. 362.

3.1.1.2 Verbuchung und Bilanzierung bei dem Lieferanten

Bei dem Lieferanten ist die buchhalterische und bilanzielle Behandlung nicht etwa die Kehrseite der Buchung und Bilanzierung bei dem Händler. Der Lieferant hat vielmehr selbständig und losgelöst von der Bilanzierung beim Händler zu bilanzieren. Er hat daher eine Verbindlichkeit bereits dann zu berücksichtigen, wenn sie noch nicht entstanden ist, aber mit einiger Wahrscheinlichkeit entstehen wird (Gläubigerschutzgedanke des Handelsrechts)¹⁷⁹⁾.

Dies führt dazu, daß der Lieferant in unserem obigen Beispiele in seiner Bilanz für das Jahr 1 dann eine Rückstellung vornehmen mußte, wenn er konkret davon ausgehen kann, daß der Händler bis zum 31.3. des Jahres 2 die Grenze von DM 100.000,-- überschreiten wird (nimmt er die Rückstellung auch in die Steuerbilanz auf, so wird das Finanzamt allerdings sehr genau prüfen, ob die gewinnvermindernde Rückstellung tatsächlich bereits zulässig ist).

Nach dem Entstehen einer Bonusverbindlichkeit ist diese Verbindlichkeit jedenfalls zu passivieren¹⁸⁰⁾. Die Pflicht zur Passivierung be-

179) BFH v. 25.9.1956 I 103/55 U BStBl 56 III 349, 351;
auch Pächter und Verpächter etwa bilanzieren unabhängig voneinander, vgl. KNOPPE, Pachtverhältnisse gewerblicher Betriebe im Steuerrecht, 1965, S. 84.

steht nur dann nicht, wenn am Bilanzstichtag die Ungewissheit so groß ist, daß eine zukünftige freiwillige Zahlung angenommen werden muß (etwa, wenn der Bonusvertrag unwirksam ist)¹⁸¹⁾. Dies gilt dann wiederum nicht, wenn zwar keine Pflicht, wohl aber ein geschäftlicher Zwang für den Lieferanten besteht, den Bonus zu gewähren. Der Bundesfinanzhof¹⁸²⁾ hat hierzu ausgeführt:

".... den sittlichen Verpflichtungen wird man solche Verpflichtungen gleichstellen müssen, denen ein Kaufmann aus geschäftlichen Erwägungen heraus nachkommt, ohne daß ein Anspruch besteht, der von den Gerichten mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Eine Rückstellung muß stets gebildet werden, wenn der Zwang zur Erfüllung der Verpflichtung derart groß ist, daß ihn die Kaufleute, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, allgemein nachgeben würden."

Die von der herrschenden Meinung praktizierte Passivierung ist nicht konsequent. Konsequent wäre es, die Bonusverpflichtung zwar einerseits auf einem Aufwandskonto,

180) HERRMANN-HEUER, § 6 EStG Anm. 93 c "Bonus"; BFH v. 10.8.1972 VIII R 1/67 BStBl 73 II 9, 10; HARTZ, aaO S. 364.

181) HERRMANN-HEUER, § 5 EStG Anm. 61 "Bonus".

182) vgl. oben Fußnote 115).

andererseits aber zumindest dann, wenn die Verpflichtung rechtswirksam entstanden ist, auf dem Konto "Forderungen an Lieferanten" forderungsmindernd gegenzubuchen¹⁸³⁾. Die Kaufpreisforderungen des Lieferanten sind ja die "Kehrseite" der Anschaffungskosten des Händlers. Dieses Verfahren (unmittelbare Absetzung vom Forderungsbestand) verstößt aber gegen das Verbot der Saldierung von Forderungen und Verbindlichkeiten¹⁸⁴⁾.

Da die herrschende Meinung ihren Ausgangspunkt nicht konsequent durchführen kann, überzeugt sie auch insoweit nicht. Die von der hM durchgeführte Praxis ist zwar richtig, stimmt aber allein mit der hier vertretenen theoretischen Grundlage überein.

3.1.2 Umsatzsteuerrecht

§ 17 Absatz 4 UStG lautet:

"Werden die Entgelte für unterschiedlich besteuerte Lieferungen oder sonstige Leistungen eines bestimmten Zeitabschnitts gemeinsam geändert (z.B. Jahresboni, Jahresrückvergütungen), so hat der Unternehmer dem Abnehmer der Lieferungen oder dem Empfänger der sonstigen Leistungen einen Beleg zu erteilen, aus dem zu ersehen ist, wie sich die Änderungen der Entgelte auf die unterschiedlich besteuerten Umsätze verteilt."

183) So für die Vermögensteuer/Erlaß des niedersächsischen Finanzministeriums v. 26.11.1969, BB 1970, 162.

184) MELLEROWICZ in Großkommentar zum Aktiengesetz § 152 Anm. 84.

Damit ist für den Bereich des Umsatzsteuergesetzes positiv-rechtlich festgelegt, daß der Bonus eine "Änderung des Entgelts der Lieferungen im Bonuszeitraum" ist.

Diese Regelung entspricht weder den wirtschaftlichen Gegebenheiten noch dem Willen der Parteien.

Die Bonusleistung ist vielmehr eine eigene "sonstige Leistung" iSd § 1 Absatz 1 Ziffer 1 UStG, für die gesondert Umsatzsteuer zu vergüten ist¹⁸⁵⁾.

3.1.3 Gewerbesteuerrecht

Nach §§ 7, 11 Gewerbesteuergesetz ist die Errechnung der Gewerbesteuer auch der Gewerbeertrag zugrunde zu legen. Hierfür ist grundsätzlich der nach dem EStG bzw. KStG zu ermittelnde Gewinn zugrunde zu legen. Es kann daher insoweit auf Ziffer 3.1.1 verwiesen werden.

3.1.4 Einheitsbewertung und Vermögensteuer

Für die Bilanz, die zum Zwecke der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens und zum Zwecke der Festsetzung der Vermögensteuer aufzustellen ist, können weitgehend die Werte der Einkommensteuerbilanz übernommen werden¹⁸⁶⁾. Auch insoweit kann auf Ziffer 3.1.1 verwiesen werden.

185) So konsequent KELLERBACH, aaO 568.

186) HARTZ, aaO S 364; Erlaß des niedersächsischen Finanzministeriums v. 26.11.1969, DB 70, 162.

3.1.5 Zusammenfassung

Der Bonus ist auch in Buchführung und Bilanz scharf von einzelnen Liefervorgängen und ihrer buchhalterischen Erfassung zu trennen. Er ist ein Betriebsergebnis eigener Art und als solches zu verbuchen. Die herrschende Meinung ordnet den Bonus einzelnen Kaufverträgen zu und verstößt damit gegen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (Einzelbewertung, periodengerechte Abgrenzung).

3.2 Bonusabrede ohne Rechtsanspruch auf Bonus

Anderes gilt dagegen, falls der Lieferant keinen Rechtsanspruch auf die Gewährung eines Bonus einräumt, sondern sich etwa die freie Entscheidung über die Zahlung auch für den Fall vorbehalten hat, daß der Händler im Bonuszeitraum die Bonusbemessungsgrenze überschritten hat.

Hier kann der Händler einen Anspruch erst dann aktivieren, wenn der Lieferant ihm positiv mitgeteilt hat, er werde zahlen¹⁸⁷⁾. Würde der Kaufmann vorher einen Aktivposten einbuchen, so würde er nicht realisierte Gewinne ausweisen.

Dagegen kann unter gewissen Umständen für den Lieferanten schon vorher eine Passivierung sowie eine Rückstellung in Betracht kommen.

187) BFH v. 25.9.1956 I 103/55 U BStBl 56 III 349, 351.
BFH v. 25.5.1956 I 224/55 U, BStBl 56 III 212 und oben Fußnote 178.

LITERATURVERZEICHNIS

- ADLER-DÜRING-SCHMALTZ Rechnungslegung der Aktiengesellschaft
Stuttgart 1957
Stuttgart 1968
- BAUMBACH-DUDEN Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
München 1974
- BAUMBACH-HEFERMEHL Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
Band I: Wettbewerbsrecht
11. Auflage
München 1974
- BENISCH Werner
Wettbewerbsregeln gegen Rabattdiskriminierungen
GRUR 1976, 448
- BIEDENKOPF Kurt H.
Sind Gesamtumsatzrabattkartelle zulässig?
BB 58, 757
- BÜHLER-PAULIG Handkommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz
Loseblattsammlung Stand Mai 1968
- BLÜMLICH-FALK Einkommensteuergesetz, Kommentar
Berlin und Frankfurt a.M. 1968
- CHRISTEL Arthur
Das Leistungsentgelt im kumulativen Gesamtumsatzrabattkartell
BB 58, 993
- COENENBERG Adolf
Jahresabschluß und Jahresabschlußanalyse
München 1974

DECKINGER

Max
Die rechtliche Behandlung des
Rabattversprechens nach dem
System der zurückgestellten
Rabatte (System of Deferred
Rebates) der Verbände in der
Seeschifffahrt
Probleme der Weltwirtschaft
Schriften des königlichen In-
stituts für Seeverkehr und
Weltwirtschaft an der Uni-
versität Kiel
Jena 1915

DERINGER

A.
Bemerkungen zum kumulativen
Gesamtumsatzrabattkartell,
BB 58, 1187 ff.

DITTMANN-STAHLE

Kommentar zum AGBG
Wiesbaden 1977

DÖRINKEL

Wolfram
Rechtsfragen zum Gesamtumsatz-
rabatt
(GUR)-Kartell
WuW 1971, 779

DÜRRHAMMER

W.
Skontf als betriebswirtschaftli-
che Faktoren und ihr Ausweis in
der Gewinn- und Verlustrechnung
DB 1954

derselbe
Rabatte, was sie sind und was
sie nicht sind
DB 63, 37

DÜRRHAMMER-SEGELMANN

Das Gesamtumsatzrabattsystem
in betriebswirtschaftlicher
Sicht
DB 59, 893 ff, 921 ff

- ENNECCERUS-LEHMANN Schuldrecht
Ein Lehrbuch
Tübingen 1950
- ERMANN Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Bearbeitet von Fritz Hausz
München 1975
- FIKENTSCHER Wolfgang
Schuldrecht
4. Auflage
München, 1973
- FINGERHUT Michael
Das Rabattkartell
Dissertation
Heidelberg 1970
- FIRNKORN J.
Sind Gesamtumsatzrabattkartelle
zulässig? Die Aussprache 66, 14
- FRANCK Validité de la clause de Rabais
dans les Affaires des Transpor-
tes Maritimes
Antwerpen 1912
- FRANKFURTER KOMMENTAR zum Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen
Köln
- GABLER Wirtschaftslexikon,
Wiesbaden 1967
- GABRIEL S.
Gesamtumsatzrabatte unter wirt-
schaftlichem Aspekt
WuW 59, 313 ff
- GIESLER Walter
Konditionenkartelle und ihre Ab-
grenzung zu Preisen und Preis-

bestandteilen
Köln 1963

GLEISS

Alfred
mit Christian Hootz
Gesamtumsatz-Rabattkartell
und Außenseiterklausel
NJW 1965, 228

GLLISS

Alfred mit Christian Hootz
Warenrückvergütung der Ein-
kaufsgenossenschaften und
Preisbindung
NJW 65, 1357

GOLDBAUM

Kartellrecht und Kartellge-
richt
Berlin 1926

GRILSEACH

Bernhard
Rabatte - Preisnachlässe
oder Preise?
DB 1964, 1363

GUTENBERG

E.
Rabattkartelle und Lei-
stungsentgelt
Zeitschrift für Betriebs-
wirtschaft 1962, 45

HANSEN

A.
Die Konkretisierung der Zu-
lässigkeitsvoraussetzungen
für Rabattkartelle
Diss. Kiel 1972

HARMS

Bernhard
Herausgeber der
Verhandlung und Berichte des
Unterausschusses für allge-
meine Wirtschaftsstruktur
(I. Unterausschuss) 3. Ar-
beitsgruppe
Wandlungen in den wirt-
schaftlichen Organisations-
formen

2. Teil Entwicklungslinien
der industriellen und gewerb-
lichen Kartellierung
4. Abschnitt,
Textilindustrie B des
Ausschusses zur Untersuchung
der Erzeugungs- und Absatzbe-
dingungen der deutschen Wirt-
schaft (Kartell-Enquête)
Berlin 1930

HARTZ

Skonto, Rabatt und Bonus im
Steuerrecht
DB 361, 362

HAUSZMANN-HOLLAENDER

Die Kartellverordnung
München, Berlin und Leipzig
1925

HECK

Philipp
Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929

HECK

Philipp
Grundriß des Sachenrechts
Tübingen 1930
Neudruck 1960 Scientia Aalen

HEMPFING

Werner
Die Kartellverordnung
Berlin 1930

HERRMANN-HEUER

Kommentar zur Einkommensteuer
und Körperschaftsteuer, Lose-
blattsammlung
Köln 1975

HILD

Dieter
zum Ausweis von Lieferanten-
Verbindlichkeiten mit oder
ohne Skonto
DB 1971, 1433

HOLLE

D.
Rabattkartelle im Gesetz ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen

Diss. Göttingen 1964

HOTH

Zugabe und Rabatt
Kommentar zur Zugabeverordnung
Berlin 1973

HÜTTEMANN

Ulrich
Grundsätze ordnungsmäßiger
Bilanzierung für Verbind-
lichkeiten,
Beiträge zu den Grundsätzen
ordnungsmäßiger Bilanzie-
rung
Schriften der Schmalenbach-
Gesellschaft-Verlagsbuch-
handlung des Instituts der
Wirtschaftsprüfer GmbH
Düsseldorf 1970

ISAY

Rudolf
zur Systematik des Kartell-
rechts
Gruchot 68 (1927), 23

ISAY-TSCHIERSECHKY

Kartellverordnung
(Verordnung gegen Mißbrauch
wirtschaftlicher Machtstel-
lungen)
Mannheim, Berlin, Leipzig
1925

KÄSTNER

Fritz
Der Organisationszwang
Eine Untersuchung über die
Kämpfe zwischen Kartellen
und Außenseitern
Berlin 1912

KELLERBACH

Heinrich
Der Bonus im Steuerrecht,
insbesondere im Bilanz-
steuerrecht
Die steuerliche Betriebs-
prüfung 1964, 68

- KLEYENSTEUBER Christoph
Das Gesamtumsatzrabattkartell -
Sein wirtschaftlicher Tatbe-
stand und seine rechtliche Zu-
lässigkeit,
Diss. Bielefeld, 1976
- KLÖNNE Fritz
Die juristischen Formen des
Treurabatts und ihre Behandlung
in der Rechtsprechung und dem
Schrifttum
Diss. Tübingen 1935
- KRÖGER H.
Die Stellung der Außenseiter im
Gesamtumsatzrabattkartell
WuW 59, 339 ff
- LANG-WEITMÜLLER Kommentar zum Genossenschafts-
gesetz
Berlin 1974
- LANGEN Eugen
Kommentar zum Kartellgesetz
Darmstadt 1967
- LANGEN-NIEDERLEITHINGER Kommentar zum Kartellgesetz
-SCHMIDT begründet von Eugen Langen,
Darmstadt 1977
- LARENZ Karl
Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Gesetzbuches
2. Auflage
München 1972
- LARENZ Karl
Lehrbuch des Schuldrechts,
Allgemeiner Teil
München 1972
- LEHMANN M. mit Schricker G.
Der Selbstbedienungsgroßhandel
Rechtstatsachen - Rechtsproble-
me
Köln, 1976,

- LITTMANN
Eberhard
Das Einkommensteuerrecht
Kommentar zum Einkommen-
steuergesetz mit Erläute-
rungen zum Einkommensteuer-
gesetz 1975
Stuttgart 1974
- LOEWE-GRAF v. WESTPHALEN-
TRINKNER
Kommentar zum AGBG
Heidelberg 1977
- LUDEWIG
Rainer
Die Bedeutung gestaffelter
Preise für die Bewertung
im Vorratsvermögen
DB 1962, 1600
- LULEY
Wilhelm
Der Kartellzwang nach § 9
der KartellVO unter Berück-
sichtigung des Rechtszustan-
des vor Erlass der KartellVO
Berlin
- MAYER-ALBERTI
Der Treuerabatt
Juristische Wochenschrift
1924, 157
- MELLEROWICZ
Aktiengesetz
Großkommentar
2. Band
Berlin 1970
- MENTZEL-KUHN
Konkursordnung
Kommentar
München 1976
- MESTMÄCKER
Ernst-Joachim
Das Rabattkartell im GWB
ORDO XIII, 233
- MEYER-MEULENBERGH
Kommentar zum Genossen-
schaftsgesetz
München 1970
- MÖLLER
Die Tarifbindung des Kfz-

Versicherers
Köln 1956

MÖRS

Hubert
Skonto, Rabatt und Bonus im
Steuer- und Zollrecht
Diss. Köln, 1968

MÜHLHAUPT

Begriff und Wesen des Barzah-
lungsskontos
DB 1963, 921

MÜLLER

Klaus
Kommentar zum Genossen-
schaftsgesetz
Bielefeld 1976

MÜLLER-GRIES

Kommentar zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
Frankfurt 1958

MÜLLER-GRIES-GIESLER

Kommentar zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
1967-1969

MÜLLER-SCHOLZ

Das Preisbindungsprivileg
für Markenartikel und Ver-
lagserzeugnisse in § 16 GWB
Bad Homburg 1969

MÜLLENSIEFEN-DÖRINKEL

Kartellrecht
Berlin 1938

NÖCKER

Klaus
Der Mißbrauch der erlaubten
Preisbindung für Marktwaren
Erich-Schmidt-Verlag 1971

PALANDT

Bürgerliches Gesetzbuch
Bearbeitet von Heinz Thomas
und Helmut Heinrichs
München, 1976

- PAUL
Warenrückvergütung und Preis-
bindung
BB 58, 1229 ff
- RASCH
Harold
Zur Problematik des Gesamtum-
satzrabattkartells
WuW 1959, 169
- REINBECK
Zurückgestellte Rabatte der
Schiffahrtsverbände
Leipziger Zeitschrift für
Deutsches Recht
1925, 183
- v. RENTHE-FINK
Donatus
im Gemeinschaftskommentar zum
Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und Europäisches
Kartellrecht
3. Auflage
Köln 1972
- RINCK
Gerd
Wirtschaftsrecht
Köln 1972
- ROWEDDER
H.
Die Zulässigkeit von Gesamt-
umsatzrabattvereinbarungen
nach dem GWB, WuW 59, 15 ff
- SCHLEGELBERGER-
HEFLERMEHL
Handelsgesetzbuch, Kommentar
Berlin und Frankfurt a.M.
1965
- SCHRICKER
G. mit Lehmann M.
Der Selbstbedienungsgroßhan-
del
Rechtstatsachen - Rechtspro-
bleme
Köln, 1976
- SCHUBERT
Rolf
Urteilsanmerkung
NJW 64, 352

SCHOSER

F.
Das Rabattkartell in ord-
nungspolitischer Sicht
Diss. Köln 1959

derselbe
Die Stellung der Außenseiter
im GUR-Kartell, WuW 60, 11 ff,
699 ff

SCHMITT

Karin-Renate
Rechtliche Beurteilung der Zu-
lässigkeit von Funktionsra-
battkartellen
Diss. Regensburg 1970

SCHWARTZ

Gustav
Gemeinschaftskommentar zum Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und europäisches Kar-
tellrecht
3. Auflage 1972

SEIDELMEIER

Zur Auslegung des Begriffes
Mengenrabatt
NJW 68, 579

SERAPHIM

Hans-Jürgen
Herausgeber des Bandes XII der
Quellen und Studien des Insti-
tuts für Genossenschaftswesen
an der Universität Münster
Die genossenschaftliche Rück-
vergütung
Beiträge und Aufsätze zum Ge-
nossenschafts-, Steuer- und
Wettbewerbsrecht mit Beiträgen
von:
Westermann, Harry
Die Rechtsnatur der Warenrück-
vergütung
Reinhardt, Rudolf
Rechtsprobleme der gewerblichen
Einkaufsgenossenschaften ange-
sichts ihrer Aufgaben in der
modernen Wirtschaft
Paulick, Heinz
Probleme der Warenrückvergütung

Schubert, Rolf
Die steuerliche Problematik
der Warenrückvergütung
Trescher, Karl
Preisrechtliche und wettbe-
werbsrechtliche Fragen in Zu-
sammenhang mit der Warenrück-
vergütung
Mentzel, Bernhard
Überschußverteilung in der
Genossenschaft

SÖLTER

Arno
Das Rabattkartell
WuW-Schriftenreihe Wirtschaft
und Wettbewerb
Düsseldorf 1955

SPAETHE

Dieter
Abgrenzung zwischen Preisen,
Preisbestandteilen und Ge-
schäftsbedingungen in Kondi-
tionenkartellen
Diss. Heidelberg 1962

STÄRL

Wilhelm
Handbuch der Betriebswirt-
schaften
3. Auflage
Stuttgart 1960

STAUDINGER

J.
Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch mit Einführungsge-
setzen und Nebengesetzen
I. Band
Allgemeiner Teil
Erläutert von Franz Brändl
und Helmut Koing
11. Auflage
Berlin 1957
II. Band
Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1 a, §§ 241, 243 bis 248
Erläutert von Wilhelm Weber
11. Auflage
Berlin 1967

STEUER- UND WIRT-
SCHAFTSKURZPOST

Loseblattsammlung
Haufe-Verlag, Freiburg, Stand
1.1.1977

TIPKE-KRUSE

Reichsabgabenordnung
Kommentar
Köln-Marienburg 1975

TRESCHER

Karl
Ausschluß der Warenrückvergütung
durch vertikale Preisbindung?
DB 59, 100

UECKER

Fritz
Rabatt und Bonus im Bilanz-
steuerrecht, Wirtschaftsprü-
fung 1955, 334 ff, 321 ff, 470
ff

ULMER-BRANDNER-HENSEN

AGB-Gesetz
Kommentar zum Gesetz zur Rege-
lung des Rechts der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen
Köln 1977

VÖLP

F.
Gesamtumsatzrabatte, WRP 58, 257
ff

WALDECK

Hugo
Deutsches und internationales
Kartellrecht
Berlin 1922

WESSEL

Hanns-Heinz
Die Behandlung des Skontos bei
der Rücknahme von Waren
DB 67, 1404

derselbe
Zusammentreffen von Skonto und
Bonus
DB 1965, 311

WIRTSCHAFTSPRÜFER-
HANDBUCH

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.
Düsseldorf 1973

WÖHE

Günter
Einführung in die Allgemeine
Betriebswirtschaftslehre
Berlin 1969

ZELLER-SPÄTH

Rechtshandbuch für Unterneh-
mer
Stuttgart 1959

ZIEGLER

Franz
Rabatt, Bonus und Skonto in
Buchführung und Bilanz
Der Wirtschaftstreuhand
1955, 81
Zeitschrift für Betriebs-
wirtschaft 1955, 302

ENTSCHEIDUNGSREGISTER

Bundesgerichtshof

BGH v. 5.7.1973 - KVR 3/72 (Fernost-Schiffahrtskonferenz WuW BGH 1269

BGH v. 9.10.1963 I bZR 50/62, NJW 64, 352

BGH v. 12.3.1965 - KZR 4/64 (Esslinger Wolle) WuW BGH 715

BGH v. 22.6.1956 I ZR 198/54, BGHZ 21, 102

BGH v. 15.2.1962 - KVR 1/61 (Agfa-Filme) WuW 424

BGH v. 24.10. 1963 - KVR 3/62 (Fensterglas IV) WuW BGH 588, 592

Reichsgericht

RG v. 1.9.1928 120/VI, JW 28, 1209

RG v. 25.6.1912 II 76/12 RGZ 79, 434

Reichsfinanzhof

RFH v. 26.4.1921, RFHE 25, 233

RFH v. 16.4.1926 VA 112/26 RFHE 19, 28

RFH v. 28.4.1942 I 114/41 RStB1 1942, 674, 675 (Nr. 502)

Bundesfinanzhof

BFH v. 25.5.1956 I 224/55 U, BStB1 56 III 212

BFH v. 25.9.1956 I 103/55 U, BStB1 1956 III, 349

BFH v. 7.11.1957 IV 33/56 U, BStB1 1958 III, 65

BFH v. 14.1.1960 IV 108/58 U, BStB1 1960 III, 137

BFH v. 13.3.1963 I 246/59, BB 63, 761 = DB 1963, 750

BFH v. 15.5.1963 I 69/62 U, BStBl 1963 III, 503
BFH v. 29.10.1963 VII 41/62 U, DB 1964, 96
BFH v. 21.11.1963 IV 345/61 S, BStBl 64, III 183
BFH v. 14.1.1960 IV 108/58 U, BStBl 1960, III, 137
BFH v. 3.12.1970 IV R 216/67, BStBl 71 II, 323
BFH v. 10.8.1972 VIII R 1/67, BStBl 1973 II, 9

Oberlandesgerichte

Kammergericht v. 26.6.1964 - Kart V 20/63, BB 64, 781
Kammergericht v. 17.7.67 - Kart V 18/66, WuWE OLG 68, 65
OLG Düsseldorf v. 27.8.68 - U (Kart) 8/67 WuWE OLG 917
Kammergericht v. 15.12.1959 5 Kart V 3/59, BB 60, 308
Kammergericht v. 17.7.1967, WuW 831 (Baukeramik II)
OLG Hamburg v. 26.10.1903, zitiert bei Deckinger, S. 33/34
OLG Hamburg v. 14.1.1925 (ohne Az. mitgeteilt) Kartell-Rundschau 1925, 314
Kammergericht v. 10.10.1976 - Kart 4/76, NJW 77, 392
Kammergericht v. 15.12.59 - 5 Kart V 3/59 BB 59, 308
OLGHamm v. 9.5.1957, BB 57, 627

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
aaO	am angegebenen Ort
Anm	Anmerkung
AktG	Aktiengesetz
Aufl.	Auflage
Az	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater, Zeitschrift
Beschl.	Beschluß
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BStBl	Bundessteuerblatt
BKartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesminister der Finanzen
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
DVORabG	Durchführungsverordnung zum Rabattgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift
GUR	Gesamtumsatzrabattkartell
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
i.S.d.	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
KartVO	Kartellverordnung
KG	Kammergericht

KO	Konkursordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LZ	Leipziger Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RabG	Rabattgesetz
Rdnr	Randnummer
RFE	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RStBl	Reichssteuerblatt
WSP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Zeitschrift
WPG	Die Wirtschaftsprüfung, Zeitschrift
Wt	Der Wirtschaftstreuhänder, Zeitschrift
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift
WuWl	Entscheidungssammlung WuW
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft

WINFRIED KLÖPPER

Geboren	17.10.1942 in Hannover
Volksschule und Humanistisches Gymnasium	1949 bis Februar 1963
Banklehre und Studium der Betriebswirt- schaftslehre	1963 bis Herbst 1965
Jurastudium	Wintersemester 1965/66
Bundeswehr	Frühjahr 1966 bis 1968
Heirat	1966
Jurastudium, Referendaraus- bildung und Universitäts- assistent in München	1968 bis 1974
Seit 1974	Rechtsanwalt in München

